

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría de Investigación en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

**El derecho a migrar y la ciudadanía universal como límites a la
soberanía estatal**

Alfonso Javier Arcentales Illescas

Tutora: María Gardenia Chávez Núñez

Quito, 2021

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional		
	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Javier Arcentales Illescas, autor de la tesis intitulada “El derecho a migrar y la ciudadanía universal como límites a la soberanía estatal”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autora de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 17 de marzo de 2021

Firma:

Resumen

El presente trabajo de investigación indaga sobre los alcances de la soberanía estatal y su relación con la movilidad humana a partir de la identificación de las limitaciones que implica el reconocimiento de los derechos de las personas en movilidad humana en la Constitución ecuatoriana y en particular del reconocimiento del derecho a migrar y la ciudadanía universal en el marco del Ecuador como un estado constitucional de derechos. Para ello se identifica el contenido del derecho a migrar y las obligaciones estatales y el alcance del principio de ciudadanía universal.

El análisis comprende a la normativa legal sobre movilidad humana y las sentencias de las garantías jurisdiccionales interpuestas en los casos de la detención y cancelación de visa de Manuela Picq (2015), la deportación colectiva de personas cubanas (2016) y la imposición de requisitos restrictivos para la movilidad de población venezolana (2019). De esta manera, se busca identificar la aplicación de los límites constitucionales de la soberanía en la legislación y en la actuación de juezas y jueces constitucionales en la protección de los derechos de las personas en movilidad humana.

Palabras clave: derecho a migrar, ciudadanía universal, soberanía, movilidad humana, garantías jurisdiccionales, Caso Manuela Picq, Deportación colectiva de personas cubanas, Ley Orgánica de Movilidad Humana.

Agradecimientos

Lo jurídico debe ser parte del camino que permite a las personas transitar por el mundo, pero la mayoría de veces es muralla, requisito imposible o incluso prisión. Intentar dar respuestas efectivas y humanas a las amenazas y vulneraciones cotidianas que enfrentan las personas en movilidad es una tarea complicada que exige llenar el corazón de dosis equilibradas de indignación profunda, empatía ante el sufrimiento, pero también de creatividad y esperanza.

Por ello, es preciso un reconocimiento a las personas que deben transitar por esos caminos, enfrentar los muros e incluso ser privados de su libertad por ejercer el derecho a migrar, en especial, a quienes fueron víctimas de los hechos que se analizan en este trabajo.

Un reconocimiento especial a las defensoras y defensores de los derechos de las personas en movilidad humana que son puente sobre los muros que intentan frenar el camino.

Mi reconocimiento y gratitud para Gina Benavides que ha sido pionera y maestra en el trayecto de la lucha por los derechos de las personas en movilidad humana en el Ecuador.

Así también, mi agradecimiento afectuoso para Gardenia Chávez por sus reflexiones y acompañamiento generoso en el proceso de elaboración de este trabajo.

Tabla de contenidos

Introducción	11
Capítulo primero	13
La soberanía en la normativa sobre movilidad humana en el Ecuador	13
1. Aproximación al concepto de soberanía	13
2. Soberanía y el tratamiento jurídico de la movilidad humana	35
Capítulo segundo	43
La soberanía frente al derecho a migrar y la ciudadanía universal: entre el horizonte emancipador y la realidad restrictiva	43
1. Movilidad humana y soberanía en la Constitución ecuatoriana de 2008	43
2. El derecho a migrar	52
3. La ciudadanía universal	74
Capítulo tercero	85
Aplicación del derecho a migrar y de la ciudadanía universal en la normativa y la jurisprudencia	85
1. El derecho a migrar, la ciudadanía universal y la tensión con la soberanía en la normativa migratoria en el Ecuador	85
2. Derecho a migrar, ciudadanía universal y soberanía en sentencias de garantías jurisdiccionales	97
Conclusiones	113
Bibliografía	117

Introducción

El contenido de la Constitución ecuatoriana sobre movilidad humana es amplio e incluyó el reconocimiento de derechos y principios, como el derecho a migrar y la ciudadanía universal, como producto de la intensa movilidad humana que experimentó el Ecuador en los años previos a la aprobación del texto constitucional. Bajo este marco, ¿cómo se explican algunos hechos que han sido de conocimiento público, como la detención, cancelación de la visa e intento de deportación de la periodista Manuela Picq o la detención y deportación colectiva de más de un centenar de personas cubanas o la adopción de medidas restrictivas para la movilidad de la población venezolana?

La soberanía aparece como justificación para estas decisiones adoptadas por las autoridades migratorias, bajo el supuesto de que habilita al Estado para disponer sobre el ingreso, permanencia y salida de las personas que no son ecuatorianas, aparentemente sin, ninguna limitación o regla. Idea que confronta directamente con la definición de Estado constitucional de derechos que adoptó el Ecuador en su Constitución, cuya finalidad primordial es la garantía de los derechos humanos.

Por este motivo, el interés principal de este trabajo es identificar las limitaciones a la soberanía que implican los parámetros constitucionales que garantizan los derechos de las personas en movilidad, en particular, el derecho a migrar y el principio de ciudadanía universal.

Para ello, en el primer capítulo se profundiza en la soberanía como un principio jurídico y político que ha tenido un extenso recorrido histórico y se identifica cómo se relaciona con la movilidad humana y con la ciudadanía.

A continuación, en el segundo capítulo, se indaga sobre el contenido de la Constitución ecuatoriana, identificando el alcance del derecho a migrar y principalmente respecto de quienes son sujetos titulares de este derecho y las obligaciones del Estado para hacerlo efectivo. Así también, se busca comprender a la ciudadanía universal desde su dimensión jurídica como un principio constitucional.

En el tercer capítulo, se busca examinar en qué medida los principios constitucionales sobre movilidad humana han establecido límites a la soberanía estatal y cómo estos han sido aplicados desde la legislatura y desde las decisiones judiciales.

Para ello, a partir de las conclusiones del capítulo, se analiza la normativa migratoria infraconstitucional y tres procesos de garantías jurisdiccionales. Estos casos han sido escogidos, a partir del criterio de notoriedad y gravedad que reúnen. Por una parte, son causas en las que se conocen hechos, en los cuales, los derechos de las personas en movilidad se han visto seriamente comprometidos y a la vez han suscitado el interés de la opinión pública.

Bajo esta premisa, se seleccionó la acción de protección presentada ante la cancelación del visado de la periodista franco-brasileña, Manuela Picq ocurrida en 2016; el hábeas corpus presentado ante la detención y expulsión colectiva de personas cubanas que tuvo lugar en 2017 y, la medida cautelar solicitadas ante la imposición de requisitos a la población venezolana en el año 2018. Los tres casos se analizan a partir de las decisiones judiciales que resolvieron los correspondientes procesos, identificando en qué medida, estas decisiones se fundamentan en las normas constitucionales relacionadas con el derecho a migrar o la ciudadanía universal.

Constatar la extensa literatura sobre la soberanía que se ha desarrollado tanto en el campo político como jurídico conllevó un desafío al momento de determinar las aproximaciones teóricas sobre este concepto. Considerando la extensión de este trabajo se optó por considerar aquellas que fundamentan con mayor claridad con la concepción de soberanía o aportan críticas relevantes al debate.

Así, no es el objetivo agotar el debate sobre la soberanía, sino que se busca retratar los debates que se encuentran vigentes y cómo estos se interrelacionan con el derecho a migrar y la ciudadanía universal al haber sido reconocidos como parte de la Constitución ecuatoriana de 2008. Asimismo, los casos reseñados tienen como objeto ejemplificar a partir de situaciones emblemáticas el debate que se ha puesto en juego. Sin duda podrían existir otras decisiones judiciales que permitan profundizar el análisis de los temas planteados en el ejercicio jurisdiccional.

Este trabajo busca aportar una mayor claridad conceptual desde la reflexión académica, como un aporte para los decisores de la política migratoria, para las juezas y jueces que conocen garantías jurisdiccionales y para quienes asumen la defensa de los derechos de las personas en movilidad humana que frecuentemente ven perdurar situaciones de injusticia y sufrimiento ante la ausencia de respuestas efectivas para la protección de los derechos humanos.

Capítulo primero

La soberanía en la normativa sobre movilidad humana en el Ecuador

Parecería que toda norma, política o acción adoptada por el Estado que invoque como fundamento la soberanía o su defensa frente a un tercero –sea este otro Estado, persona o colectivo identificados como posible amenaza– no merece cuestionamiento alguno. Este argumento suele posicionarse como el cumplimiento de un “deber ser” admitido sin crítica, muy cercano a la creencia en un dogma. En el campo de las políticas y normativas relacionadas con la movilidad humana por más tensiones o cuestionamientos que susciten, la respuesta de la soberanía surge como un muro infranqueable que disuelve todo debate aun cuando están de por medio derechos humanos.

Por este motivo, es necesario indagar sobre el concepto de la soberanía, reconocer sus orígenes, recorrido histórico y observar las diferentes connotaciones que ha adquirido, pero fundamentalmente comprender los debates que suscita en la actualidad y cómo estos se relacionan con la movilidad humana considerando el sentido emancipatorio de los derechos humanos y, en particular en el caso ecuatoriano como un Estado constitucional de *derechos* en el que se han reconocido expresamente a la ciudadanía universal y el derecho a migrar en la Constitución vigente desde 2008.

1. Aproximación al concepto de soberanía

Una primera aproximación desde la etimología de la palabra soberanía remite al latín *superanus* que refiere a alguien o algo que es superior o que tiene autoridad por encima de todos.¹ Este sentido de superioridad absoluta que evoca la etimología de la palabra parece ser el contenido que subyace y ha permanecido a través del tiempo. Desde este punto de partida, se esboza la distinción entre quien se encuentra en una posición de superioridad frente a otro u otros que son inferiores, lo cual, inevitablemente supone una relación de poder en la que quien es soberano decide y quien no lo es obedece.

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., 9 de septiembre de 2019, <http://dle.rae.es/?id=Y4RFdFU>.

Debido a que la soberanía entraña una relación de poder, su origen y posterior desarrollo conceptual se encuentra principalmente en los campos político y jurídico, aunque posteriormente se incorpore en otros ámbitos como el económico e incluso desde perspectivas emancipadoras como la soberanía alimentaria o la soberanía de los cuerpos. Como se puede observar, la pregunta por la soberanía es bastante compleja pues la literatura que reflexiona sobre ella es tan amplia como diversa. No obstante, deja en claro que su origen es anterior al Estado moderno, aunque el recorrido histórico del concepto de soberanía está vinculado estrechamente a la consolidación éste y ha respondido a transformaciones políticas suscitadas particularmente en Europa que reflejaron los conflictos por el poder y la necesidad de justificar procesos de dominación y conquista.

Como señala Georg Jellinek, “la soberanía es, en su origen histórico, una concepción de índole política, que sólo más tarde se ha condensado en una índole jurídica [...] debe su existencia a fuerzas muy poderosas, cuyas luchas forman el contenido de siglos enteros”.²

Así, el punto de partida de la conceptualización de la soberanía tendría lugar en el siglo XVI cuando el filósofo político francés, Juan Bodino, expuso el primer concepto de soberanía como “el poder absoluto y perpetuo de un Estado”³ y añadió “El Estado sin el poder soberano que une a todos los miembros y partes de ésta y todas las familias en un solo cuerpo deja de ser república”.⁴ Para Bodino la soberanía es una fuerza de unificación, afirmación e independencia y un elemento constitutivo de lo que él, para su tiempo, denominaba como Estado.⁵

Bodino complementa señalando que soberanía es “el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular sin consentimiento de superior, igual o inferior”.⁶ Reconociendo la facultad normar y a los súbditos la obligación de obedecer. Así, la soberanía surge como una respuesta política frente a los conflictos que incluye la atribución intrínseca de dictar normas.

Desde entonces este concepto se ha fortalecido y ha sido el puntal sobre el que se construye la teoría del Estado moderno que hasta la actualidad es la forma imperante de organización social a nivel mundial. El recorrido histórico del pensamiento sobre la soberanía posterior a lo planteado por Bodino ha centrado el debate en dos aspectos, el primero en

² Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, (México CDM: Fondo de Cultura Económica, 2012), 401.

³ Juan Bodino, *Los seis libros de la República* (Madrid: Tecnos, 1985), 47.

⁴ *Ibíd.*

⁵ Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la Política*, Edición Electrónica <http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=s&idind=1387&termino=>.

⁶ Bodino, *Los seis libros de la República*, 48.

determinar quién es su titular o quién es el soberano y, el segundo en establecer las limitaciones a las potestades del ejercicio de la soberanía.

Jellinek, respecto a la concepción de soberanía desarrollada por Bodino, indica que tiene un carácter negativo, ya que implicaría que el Estado “es independiente de todo otro poder, pero no afirma lo que es el Estado esencialmente, sino lo que no es”.⁷ Es negativo en el sentido de rechazar poder externo que lo regule, lo cual se explica en el contexto político de la época, en la necesidad particular de afirmar la existencia de una autoridad independiente frente a otros poderes en conflicto como el de la Iglesia Católica, concretamente el poder del Papa, y el de los señores feudales.

Por ello, Jellinek complementa su análisis indicando que el concepto de soberanía inicia desde una posición de *defensa* frente a otros poderes para luego asumir también una posición de *ataque*, por la cual, el Estado puede imponer su decisión. El análisis histórico del concepto de soberanía que elabora Jellinek, partiendo desde la idea de Bodino, ratifica que la consolidación del Estado moderno va de la mano de la afirmación de este concepto.⁸

Por su parte, Luigi Ferrajoli, critica la descripción histórica tradicional de este concepto y si bien acepta que Bodino fue el primero en ensayar una conceptualización de la soberanía, identifica nociones previas que se remontan al medioevo con autores como Philippe de Beaumanoir y Marino da Caramanico quienes teorizaron sobre límites al poder del rey basándose en el derecho romano y canónico; sin embargo, hace énfasis en la necesidad de justificar el proceso de conquista de los territorios de América como una de las causas para el desarrollo conceptual de la soberanía y los Estados modernos. Así, para Ferrajoli, la soberanía tal como se plantea en su sentido más básico, implica la superioridad absoluta sin sumisión a norma alguna, pues con la

Consolidación de los Estados nacionales y con su independización plena respecto de los vínculos ideológicos y religiosos que habían aglutinado a la *civitas christiana* bajo la égida de la Iglesia y el Imperio, caerá todo límite a la soberanía estatal, que alcanza así, cumplido su proceso de secularización, un carácter totalmente absoluto⁹

Característica que este autor encuentra contradictoria en sí misma pues la soberanía solo puede ser entendida desde lo absoluto, como una forma de generar normas pero no de someterse a ellas, ni que otro externo lo someta.

⁷ Jellinek, *Teoría General del Estado*, 415.

⁸ *Ibíd.*, 401 – 432.

⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. (Madrid: Trotta, 2010), 133.

Hasta aquí es posible determinar como punto de partida que la idea de soberanía surgió en el pensamiento occidental como una búsqueda de afirmación del poder político y jurídico independiente de condicionamiento alguno y obligatorio para quienes se encontraban sometidos a él. Es importante resaltar la consideración realizada por Ferrajoli, al señalar que el propósito mismo de la soberanía es erradicación de todo aquello que pueda ser entendido como interferencia o límite al ejercicio del poder.

Identificado el punto de partida de la soberanía, ahora es necesario revisar brevemente el recorrido histórico que ese este concepto ha llevado y, de esta manera reconocer sus principales transformaciones, para luego examinar las críticas más sustanciales.

Inicialmente para Bodino era el príncipe el soberano como consecuencia de una voluntad divina con un poder absoluto y autónomo de otros poderes políticos y religiosos. En ese momento no había distinción entre la soberanía como origen del poder y como atributo ilimitado del Estado pues se confundían en una misma persona, pero sí la idea de un poder absoluto y superior.

Posteriormente con el paulatino cuestionamiento al poder concentrado en la monarquía absoluta, la respuesta sobre quién es el titular de la soberanía cambió en función del momento histórico y de nuevos grupos que buscaban acceder al poder político. Así, inician las teorías denominadas como contractualistas.

En el siglo XVII, el inglés Thomas Hobbes, explicó en su obra *Leviathan* el origen del Estado, desde una metáfora antropomórfica en la que la “soberanía es un alma artificial que da la fuerza y movimiento al cuerpo entero”,¹⁰ como una necesidad frente a lo que llamó el *estado de la naturaleza*, en el cual, las pasiones y egoísmos humanos en descontrol hacen que prevalezca el más fuerte y gobierne la irracionalidad. Entonces, para preservar su propia existencia los súbditos ceden parte de sus libertades en favor del Estado para que tome decisiones y dicte normas que aseguren el bien de los gobernados, mientras que estos se obligan a cumplirlas. A diferencia de Bodino para Hobbes, la soberanía radicaba en los súbditos. Dando origen de esta forma a la teoría del contrato social y a la noción de soberanía interna, es decir el poder en relación a quienes son gobernados, en contraste con la soberanía externa, que es la que se ejerce frente a otros poderes fuera del Estado.

Como consecuencia de estos postulados, es el Estado o el *Leviathan*, en la metáfora antropomórfica de Hobbes, a quien se le dotó de la cualidad de la soberanía y por tanto de poder

¹⁰ Thomas Hobbes, *Leviathan*, (Madrid, Ed. Nacional, 1980), 117.

político para decidir y hacer cumplir tales decisiones. Posteriormente, Jean Jacques Rousseau en su obra *El Contrato Social*, afirmó que

Si el Estado no es más que una persona moral, cuya vida consiste en la unión de sus miembros y si su cuidado más importante es el de su propia conservación, necesita una fuerza universal y compulsiva para mover y disponer todas las partes del modo más conveniente al todo. Así como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, así también el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos; y a este mismo poder, dirigido por la voluntad general, se le da, como tengo dicho, el nombre de soberanía.¹¹

Bajo esta concepción, el Estado no está separado de “los gobernados”, es decir, las personas son parte de esa persona moral a la que hace referencia Rousseau. Y de esta manera, la soberanía se explica como una fuerza universal y compulsiva, un poder absoluto sobre todos los suyos que está dirigido por lo que denomina *voluntad general*, la cual, reside en cada uno de los miembros del pueblo. Esta concepción de la soberanía es conocida como *soberanía popular*.

Por su parte, para el inglés John Locke que también siguió la idea de la soberanía fundamentada en el contrato social, el ejercicio del poder debe estar orientado a la conservación de las personas que cedieron sus libertades, por lo que no es lícito ejercerlo en contra de ellas. “El soberano quiere el interés general y, por definición, no puede querer más que el interés general”.¹² Sin duda, el término interés general, resulta amplio e indeterminado, pero a efectos de este análisis pone en evidencia que en las teorías contractualistas sí se contemplan limitaciones a la soberanía y que se encuentran en lo que se concebía como pueblo.

La idea de la soberanía popular mutó posteriormente en *soberanía nacional*, con Sieyès quien introdujo el término nación, para identificar a la comunidad política que era anterior al Estado, reemplazando así a la idea de Rousseau de individualidades que se expresaban en la voluntad general. Para Sieyès la nación constituye una sola voluntad común, pues “las voluntades individuales siguen siendo el origen y forman los elementos esenciales; pero, consideradas separadamente su poder sería nulo, puesto que solo reside en el conjunto. Le es preciso a la comunidad, una voluntad común”.¹³

Las ideas de Sieyès se plasmaron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en Francia el 26 de agosto de 1789, la cual, en el art. 3 expresaba: “El

¹¹ Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, (Madrid: Aguilar, 1970), 87.

¹² Jean Touchard, *Historia de las Ideas Políticas* (Madrid: Ed. Tecnos, 2006), 329.

¹³ Emmanuel Joseph Sieyès, *Escritos políticos* (México, Fondo de Cultura Económica, 1993), 156.

principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”.¹⁴

Este cambio de la titularidad de la soberanía tiene precisamente como referentes históricos a la Revolución Francesa y a la Independencia de los Estados Unidos, los cuales sirvieron de marco para el desarrollo de la teoría democrática de la Constitución. En esta teoría la soberanía cuyo titular es el pueblo otorga legitimidad al poder político que se expresa en la Constitución. Es decir, bajo esta concepción la soberanía deviene en el poder constituyente y es una voluntad fundadora que instauro los órganos, mecanismos e instituciones del poder constituido.¹⁵ Este es el punto de encuentro entre soberanía y Constitución, entendida esta última como el acuerdo de la voluntad soberana de la comunidad política, sobre este aspecto persisten debates importantes tal como se revisará más adelante.

De ahí que, los términos soberanía nacional y soberanía popular son usados indistintamente, tanto en la literatura como en la normativa para identificar a una comunidad o pueblo como titular del poder político.¹⁶ La línea de reflexión desde Hobbes a Sieyès concibe a la soberanía como origen del poder y cumplió con el objetivo de desplazar al monarca como titular de la misma y lo reemplazó con la idea de una comunidad políticamente organizada. Desde esta perspectiva se podría aseverar que como fruto de este proceso se establecieron límites a quienes ejercían el poder y encontró el sentido de su ejercicio en una comunidad, lo cual, en el contexto europeo, puede ser asumido como una reivindicación frente a la arbitrariedad de un soberano absoluto. No así, desde otras latitudes como Latinoamérica en la que la adopción de este modelo estatal es una consecuencia del proceso de colonización europea y cuya noción inicial de pueblo o nación excluía a los grupos humanos originarios.

Estas teorías contractualistas fundamentaron desde la razón moderna el origen del Estado y como consecuencia de ello, afirmaron el parámetro de superioridad del paradigma occidental, justificando de tal manera, la colonización de las formas “no civilizadas” y la imposición de la organización estatal. Es decir, validando la imposición de una forma de organización social y política racional frente a otras que eran consideradas como irracionales.

¹⁴ Asamblea Nacional Constituyente de Francia, Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, Francia, 1789, art. 3.

¹⁵ Rubén Martínez Dalmau, “La naturaleza emancipadora de los procesos constituyentes democráticos. Avances y retrocesos”, (Valencia: Fundación CEPS, Valencia., 2012), 18

¹⁶ Pablo Marshall Barberán, “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”, Revista de Derechos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (Valparaíso, Chile, 2010), <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n35/a08.pdf>, 257.

Para Hobbes, por ejemplo, la forma de vida de los pobladores en América era “salvaje” y “brutal” desconociendo y desvalorizando así a los diferentes modos de organización política que existían y justificando la intervención de quienes han logrado una manera “racional” que es el Estado moderno.¹⁷

Hay que tener en cuenta los contextos en los que nacen las teorías de la formación del Estado moderno y en particular cuando se pregunta por la titularidad de la soberanía, pues al referirse al pueblo o la nación, queda claro que desde el origen del Estado moderno no incluye a quienes no son parte de los parámetros de racionalidad occidental. Es un punto de partida excluyente en el que, por una parte, la soberanía divide a quienes tienen el poder político y quienes no lo tienen y por otra, distingue y desvaloriza a quienes no pertenecen al parámetro de racionalidad occidental. En este sentido la soberanía nace como una fuerza jerarquizadora y desconocedora de la diversidad.

Posteriormente, ya en el contexto político mundial, en el que los Estados-Nación se han consolidado como formas de organización y en la que se han definido y asumido en su estructura básica la división de funciones legislativa, ejecutiva y judicial surgen nuevas concepciones relativas a la soberanía. Así, Immanuel Kant, filósofo idealista planteó que el Estado solo puede tener sentido mientras sea un Estado de Derecho, pues las normas jurídicas conllevan al comportamiento ético entre personas (imperativo categórico), la protección de su libertad y derechos subjetivos. Con este fundamento, la soberanía se encuentra en la ley, no hay un titular o soberano, o persona individual que la posea, sino que es aquella ley general que se expresa en diferentes normas posibles de ser exigidas en su cumplimiento.

El origen, del poder supremo es inescrutable, bajo el punto de vista práctico, para el pueblo que está sometido a él; es decir, que el súbdito no debe razonar prácticamente sobre este origen como sobre un derecho controvertido (*ius controversum*) con respecto a la obediencia que le debe. Porque, puesto que el pueblo para juzgar valederamente del poder soberano de un Estado (*sumum imperium*), debe ya ser considerado como reunido bajo una 'voluntad legislativa universal, no puede ni debe juzgar de otra manera, más que como 'agrade al poder soberano existente (*summus imperans*).¹⁸

Es así que, para Kant, no puede ser cuestionable la posibilidad de vivir dentro de un Estado ordenado jurídicamente. Puede cuestionarse la decisión de la autoridad, pero mediante los mismos procedimientos que emanan de este orden jurídico como expresión de la razón

¹⁷ *Ibíd.* 137.

¹⁸ Immanuel Kant, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, (México DF: UNAM, 1968) 149.

práctica, mas nunca rebelarse contra el poder organizador del Estado de Derecho porque lo volvería al Estado de naturaleza.

En el idealismo de Hegel, la soberanía alcanza una expresión más abstracta:

La soberanía, primeramente, sólo el pensamiento universal de esta idealidad, existe sólo como la subjetividad cierta de sí misma y como la autodeterminación abstracta, y en esa medida carente de fundamento, de la voluntad, en la cual reside lo último de la decisión. Esto es lo individual del Estado como tal, el cual es sólo por esto uno.¹⁹

La soberanía en abstracto solamente corresponde al Estado, no se puede hablar de la soberanía del pueblo o soberanía popular en el momento en que ya se ha constituido bajo la forma del Estado. Para este filósofo tiene singular importancia la constitución, no en tanto norma jurídica, sino como instrumento político de unidad y consolidación del Estado. Cabe señalar también que en el pensamiento hegeliano sobre la soberanía se distingue expresamente la soberanía interna, en tanto aquella que el Estado hacia las personas que deben cumplir sus leyes, en distinción a la soberanía externa o “soberanía respecto al exterior”,²⁰ que es la que individualiza al Estado y lo dota de soberanía frente a otro.

Marx, quien realiza una crítica a la concepción hegeliana del Estado, discrepa en la idea de una soberanía estatal separada de la soberanía del pueblo. Pueblo y Estado conforman una misma identidad en el pensamiento marxista. En este sentido afirma:

De este modo la soberanía, la esencia del Estado, comienza siendo vista y objetivada como un ser autónomo. Después, claro está, este ser objetivo tiene que volver a convertirse en sujeto. Pero éste se presenta entonces como una autoemanación de la soberanía, cuando ésta no es más que el espíritu objetivado de los sujetos del Estado.²¹

La discusión sobre la titularidad de la soberanía no tendría sentido para Marx pues no puede confundirse la soberanía de la autoridad, en este caso del monarca, con la del pueblo y tampoco con la del Estado. Si así fuera se hablaría de una doble soberanía y en tal caso, perderían su naturaleza o se estaría ante otro Estado. La soberanía se expresa en una unidad que es el pueblo y no difiere del Estado, quien gobierna no tiene la condición de soberano.²²

Para inicios del Siglo XX, las tensiones internacionales que llevaron a la Primera y a la Segunda Guerra Mundial intensificaban el relacionamiento, la conflictividad entre Estados y ponían en juego la idea de la soberanía externa. Cabe señalar que las ideas de Marx y el

¹⁹ George W. Hegel, *Líneas Fundamentales de la filosofía del Derecho*, (Madrid: Gredos, 2010) 258.

²⁰ *Ibid.*, 292.

²¹ Carlos Marx, *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel*, (México: Grijalbo, 1968) 88.

²² Javier Ozollo, *Marx y el Estado*, (Buenos Aires: Libronauta, 2005) 68.

desarrollo del pensamiento comunista y socialista cuestionaban el rol tradicional y la naturaleza misma del Estado.

En este contexto complejo de disputa política, Hans Kelsen buscó fundamentar la ciencia jurídica desde sí misma, separándola del ámbito político u otros y dotándola de un método propio de conocimiento. Este autor se convierte así en uno de los referentes del pensamiento jurídico por la incorporación del positivismo al Derecho. Es así, que su análisis de la soberanía tiene lugar en la reflexión de su teoría del derecho y del Estado.

En este sentido para Kelsen la soberanía no deviene de un orden natural, separándose así del fundamento contractualista que había servido de base hasta el momento y que fundamentaba, a su vez, a un origen natural del derecho. Aspecto que desde el positivismo jurídico kelseniano no tiene cabida. Por tanto, la soberanía se convierte en una norma fundamental que es la base y unidad del ordenamiento jurídico.

La soberanía del Estado significa que el orden jurídico estatal es supremo, comprendiendo a todos los órdenes como parciales, determinando el ámbito de validez de todos ellos sin ser a su vez determinado por ningún orden superior. En este sentido la soberanía es un concepto formal, un concepto jurídico <<esencial>>, y este concepto formal ha de ser considerado como el concepto primario y fundamental de la soberanía.²³

De esta manera, para Kelsen la soberanía es aquello que proporciona validez al ordenamiento jurídico del Estado y hace posible la coacción en caso de su incumplimiento. Para este autor es indiferente cuál sea la autoridad de la que emana la norma, sea de origen popular o monárquico, siempre que se atienda a la naturaleza de autoridad y en razón de sus competencias. La soberanía corresponde al Estado en la medida que puede dictar normas y hacerlas cumplir. La pregunta por quién es soberano no es relevante, sino determinar qué es y su efecto inmediato que es la posibilidad de un ordenamiento jurídico.

La reflexión desarrollada por Kelsen, resulta interesante en un contexto en el que el derecho internacional había alcanzado mayor desarrollo y cuestionaba a la soberanía interna de los Estado frente a normas que se imponían desde fuentes externas. Es así que Kelsen, con fundamento en la idea de unidad, determina que finalmente el derecho que surge de las fuentes internas de los Estados como aquellas que conforman el derecho internacional, tienen como

²³ Hans Kelsen, *Teoría General del Estado* (Granada: Ed. Comares, 2002), 182.

punto de inicio la soberanía como norma hipotética fundamental. De hecho, este autor apuesta por un tribunal internacional que dirimiera conflictos y tuviera como consigna la paz.²⁴

A la par del pensamiento de Kelsen, Carl Schmitt desarrolló su pensamiento jurídico político desde la vertiente del realismo político. Para este autor el derecho no puede desvincularse del ámbito político, aspecto que es decisivo en su concepción de la soberanía, pues para Schmitt tiene sentido preguntarse por quién es el soberano, pues ahí se encuentra el verdadero poder decisión y no en la norma misma como planteaba Kelsen.

A partir del estudio del estado de excepción en la Constitución de Weimar, el cual, permitía amplias potestades de carácter temporal al Ejecutivo en casos en que la República por factores internos o externos se encuentre en peligro, Schmitt identifica que es ahí, en la posibilidad del poder ilimitado en donde radica la soberanía. No es una excepción a la regla sino una ausencia de reglas.²⁵

En el análisis de la dictadura que hace Schmitt desde su origen en la Roma Antigua, hasta inicios del siglo XX, encuentra en esta institución transitoria, creada para superar momentos de peligro de la República, un parangón con la posibilidad del ejercicio supremo del presidente en el estado de excepción previsto en la Constitución de Weimar. Para Schmitt esta es una dictadura soberana que tiene carácter transitorio hasta que se supere tal situación. El uso de estas categorías estaba destinado a evitar fortalecer el término de la soberanía popular que para el contexto político y la influencia marxista debía ir a una dictadura del proletariado.²⁶

Kelsen y Schmitt parecerían disputar concepciones de lo que es soberanía, no obstante, los puntos de partida y ámbitos de análisis apuntan más bien a un objeto de estudio analizado desde enfoques diferentes. Para Kelsen, prima el elemento jurídico que lo denominada norma fundamental, mientras que para Schmitt es el político al referirse al “poder soberano”. Para el primero la soberanía es “norma de normas” y para el segundo es el “poder de poderes”.²⁷

Las reflexiones de estos autores, en particular la de Kelsen es referencial para el pensamiento jurídico a lo largo de este siglo. Es así que, a partir de su posicionamiento del Derecho como ciencia con método propio, de la norma jurídica como su objeto de estudio y de la Constitución como norma que fundamenta el ordenamiento jurídico del Estado, se

²⁴ Manuel J. Gómez Restrepo, “Sistema y coyuntura: el concepto de soberanía en Kelsen y Schmitt”, *Estudios de derecho* 72, n.º 159(2015): 15-40. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n159a02>.

²⁵ *Ibid.*, 32.

²⁶ *Ibid.*, 30

²⁷ *Ibid.*, 35.

profundizan otras problemáticas relativas a la soberanía que tienen mayor desarrollo en el ámbito del Derecho.

Una de estas problemáticas plantea la interrogante sobre cómo se controla y ejerce el poder que implica la soberanía. De esta manera, se profundiza en el debate sobre el poder constituyente, al cual se había referido en líneas anteriores. La comunidad política a la que le pertenece la soberanía no puede someterse a otra norma que no surja de su propia decisión, por tanto, genera una Constitución que da una forma estatal a dicha comunidad. En este sentido, el poder constituyente es un poder fundacional que no obedece a normas preestablecidas, pero que determina las formas y límites estatales. La idea del poder constituyente como un ejercicio de la soberanía popular explicaría el por qué dicha comunidad política posteriormente se somete a estas normas y a las decisiones que los órganos previstos en la constitución adoptan.²⁸

Pero entonces, qué ocurre con la soberanía del pueblo una vez que el Estado se constituye como tal. Esta interrogante se plantea frente a la incompatibilidad de que subsistan dos soberanías que resultarían contrapuestas pues, va en desmedro del sentido básico de supremacía y autonomía. En la práctica, no podrían existir dos soberanos. En respuesta existen dos posturas, por una parte, la que sostiene que en el Estado constitucional no hay soberano pues

Considera que la subsistencia de la soberanía del pueblo es incompatible con el Estado constitucional. El Estado constitucional y la afirmación de los principios constitucionales que implican separación de poderes, derechos fundamentales, legalidad y, en especial, supremacía constitucional, son incompatibles con la mantención del pueblo como soberano, es más, “constituyen su negación”²⁹

Bajo esta teoría, la soberanía popular solo se expresa en la creación misma del Estado o en su extinción, en tanto, que el pueblo se convierte en otro poder constituido que está sometido a lo dispuesto en la Constitución perdiendo su condición de supremacía.

Por otra parte, la crítica a esta teoría señala que la presencia de la soberanía del pueblo y su poder constituyente es imprescindible, en tanto, “el pueblo que se ha dado la constitución tiene, inalienablemente, el poder para abolirla, más allá que el Estado constitucional sea la expresión de la limitación de dicho poder. El soberano y su poder constituyente sólo pueden estar en suspenso, pero nunca ser eliminados”.³⁰

²⁸ Barberán, “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”, 246.

²⁹ *Ibid.*, 268.

³⁰ *Ibid.*, 269.

Frente a la propuesta de la eliminación de la soberanía popular y del poder constituyente en el Estado, se desarrolla la teoría de la transformación de la soberanía del pueblo en la soberanía del Estado, la cual señala que

El fundamento del ejercicio del poder por parte del Estado tiene su base en la decisión del pueblo de mantener la normalidad constitucional que él puede suspender, para modificar o cancelar. Esa decisión justifica el poder coercitivo monopólico del Estado, pero sobre todo, justifica el orden constitucional como una decisión de carácter soberano. Es en ese sentido, indirecto por cierto, que es correcto hablar de que el Estado y sus órganos ejercen la soberanía: ejercen el poder que la constitución como decisión del soberano les atribuye.³¹

Siguiendo esta reflexión, la soberanía es un atributo del Estado, que se entiende solo en la medida en que es consecuencia de una decisión del pueblo o de la comunidad política que mediante su constitución le otorga tal condición. Dicha decisión de dotar al Estado de supremacía y autonomía, solo tendría sentido en la medida en que la comunidad política pueda garantizar una convivencia y existencia digna para sus miembros que usualmente se traduce en la forma de gobierno democrática cuyo contenido es la garantía de los derechos humanos.

Así, en esta teoría la soberanía reside en el pueblo, pero es el Estado que, a través de las instituciones, competencias y límites que el pueblo ha determinado a través de su Constitución, ejerce la soberanía estatal. De esta manera se sientan las bases teóricas para la comprensión del Estado constitucional de derecho.

En suma, se han revisado diversas concepciones jurídicas y políticas acerca de la soberanía, que tal como se ha visto no son concluyentes. No obstante, luego de esta revisión es importante identificar los principales sentidos de este concepto. Julio César Trujillo identifica dos sentidos principales de la soberanía, por una parte, como fuente primigenia del poder, por otra como una cualidad del Estado³² que le dota de independencia, supremacía y autodeterminación, tal como refiere en la siguiente cita:

Soberanía significa que el Estado no está sujeto a ninguna autoridad superior, lo que equivale a independencia; significa además que es el máximo poder dentro de su territorio, que se impone a todos los grupos y personas, que puede emplear la coacción sobre quienes están sometidos a su poder, en ese sentido es sinónimo de “supremacía”, y, en tercer lugar, que puede decidir, por sí solo, la forma de su propia organización, el régimen de su gobierno y el sistema económico que a bien tenga, en este caso es igual a “autodeterminación”.³³

³¹ *Ibíd.*, 270.

³² Julio César Trujillo, *Teoría General del Estado*, (Quito: UASB – CEN, 1994), 115.

³³ *Ibíd.*

Según lo dicho la soberanía interna es el poder de decisión y coacción a quienes se encuentran bajo la jurisdicción del Estado; y la soberanía externa es entendida como autodeterminación frente a poderes externos. Norberto Bobbio explica estas perspectivas de la soberanía a partir de la siguiente metáfora:

El Estado tiene dos caras: una que mira hacia adentro, donde las relaciones de dominación tienen lugar entre los que detentan el poder de expedir y hacer respetar normas obligatorias y los destinatarios de dichas disposiciones; otra que contempla el exterior, donde las relaciones de dominación tienen efecto entre el Estado y los demás Estados³⁴

En el sentido primero, el Estado a través de sus órganos genera normas jurídicamente obligatorias y medios por los cuales hacerlas cumplir. Esto quiere decir que “es el máximo poder dentro de su territorio, que se impone a todos los grupos y personas, que puede emplear la coacción sobre quienes están sometidos a su poder, en ese sentido es sinónimo de “supremacía”. Este aspecto en el Estado constitucional se debe ceñir a las formas y objetivos determinados por la Constitución.

En el segundo aspecto, se hace referencia al Estado en su relación con sus pares y como sujeto del derecho internacional, en este sentido la soberanía externa es un principio de relacionamiento entre Estados, que afirma su independencia y la prohibición de injerencia,³⁵ en concordancia con las características de independencia y autonomía a las que se hacía referencia en líneas anteriores.

En suma, estas diferentes concepciones y debates acerca de la soberanía retratan el fortalecimiento del Estado-nación moderno y su consecuente imposición como sistema de organización política mundial. En síntesis, el sentido que prima tradicionalmente en su concepción es la de un poder que no puede ser limitado y que se impone a otro u otros - sea su titular el príncipe, el mismo Estado o el pueblo - es quien termina por decidir en última instancia. Entraña también una condición de jerarquía y por ende de exclusión, pues quien goza la condición de soberano deja por fuera a quien no goza de tal condición, aspecto que como se

³⁴ Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, (Madrid: Trotta, 2003), 583.

³⁵ Esta dimensión de la soberanía fue reconocida desde la denominada Paz de Westfalia, uno de los primeros instrumentos multilaterales que forman parte del Derecho Internacional, suscrita en 1648, la cual comprende dos tratados firmados en las ciudades de Osnabrück y Münster, que pusieron fin a la denominada Guerra de los Treinta Años y a otros conflictos bélicos de larga duración que tenían lugar en Europa. En estos tratados se incluyó el término de soberanía nacional conjuntamente con la idea de integridad territorial, la no injerencia en asuntos internos de los Estados y el trato igualitario entre ellos a partir de la cual se reconoce la soberanía externa.

verá más adelante es decisivo en la consideración de los derechos de nacionales de un Estado y de quienes no lo son.

Miradas críticas a la soberanía

A finales del siglo XX, luego de la Guerra Fría y en un contexto mundial globalizado, caracterizado por el desarrollo de la tecnología de las comunicaciones que intensifican el flujo de la información y regido por el sistema capitalista, surgen nuevas lecturas e interpretaciones de la soberanía, tendientes a cuestionarla sustancialmente. Estas críticas identifican factores internos y externos desde las que se cuestiona a las concepciones más clásicas de la soberanía.

Situados a finales de la década de los noventa Michael Hardt y Antonio Negri hacen una crítica profunda al sistema mundial político y económico que trastoca las lógicas del Estado-nación. Se podría afirmar que esta mirada identifica un factor principalmente externo que pone en juego a la concepción tradicional de la soberanía.

Dichos autores desarrollan la idea del *imperio* para explicar la realidad mundial y a partir de ella redefinir conceptos políticos. Para estos autores, “el Imperio es el sujeto político que regula efectivamente estos cambios globales, el poder soberano que gobierna al mundo”.³⁶ En este proceso, si bien indican que existe un debilitamiento del modelo de Estado-nación debido a una aparente flexibilización de las fronteras, en el fondo, la soberanía como poder máximo de coacción y control no habría perdido vigencia. Hardt y Negri señalan:

De un extremo a otro de las transformaciones contemporáneas, los controles políticos, las funciones del Estado y los mecanismos regulatorios han continuado dirigiendo el reino de la producción económica y social y del intercambio. Nuestra hipótesis básica es que la soberanía ha tomado una nueva forma, compuesta por una serie de organismos nacionales y supranacionales unidos bajo una única lógica de mando. Esta nueva forma global de soberanía es lo que llamamos Imperio.³⁷

La reflexión interdisciplinaria de Hardt y Negri hace que la teoría del imperio sea una categoría que atraviesa lo jurídico, lo político, lo económico, lo sociológico, lo cultural entre otros campos. Cabe señalar que bajo el término *Imperio* no se hace referencia a un país concreto sino a un sistema mundial totalizador que, en todo caso, es promovido con mayor fuerza por los países industrializados. Al respecto estos autores afirman:

³⁶ Michael Hardt y Antonio Negri, *Imperio*, (Buenos Aires: Paidós, 2002), 14.

³⁷ *Ibid.*, 13-14.

El Imperio no sólo maneja un territorio y una población, sino que también crea al mundo que habita. No sólo regula las interacciones humanas, sino que también busca, directamente, regir sobre la naturaleza humana. El objeto de su mando es la vida social en su totalidad, y por esto el Imperio presenta la forma paradigmática del biopoder.³⁸

Bajo esta lógica, la soberanía clásica del Estado-nación se pone al servicio del imperio, desdibujándose cuando el capital lo requiere y fortaleciéndose o controlando las formas que puedan limitarlo. Aquí ya no es el Estado, el gobernante o el pueblo el soberano, sino que la decisión en última instancia se adopta en función del *imperio* que solamente puede tener lugar en un sistema capitalista, aun cuando se mantengan las instituciones clásicas del Estado-nación. Esta es una postura que critica a la soberanía cómo tradicionalmente ha sido concebida e incorpora al debate una mirada que la vuelva una mera apariencia. En este sentido, las decisiones de los Estados, en ejercicio de su soberanía externa, no son más que un efecto de los bemoles del proceso globalizador vinculados estrechamente al capitalismo.

Entonces la capacidad de decisión estatal sin condicionamientos o imposiciones de un externo se disuelve, pues los Estados con menor capacidad económica, política o militar estarán permanentemente condicionados aquellos que han desarrollados estas condiciones. No obstante, estos últimos Estados tampoco se pueden llamar completamente soberanos al encontrarse en una disputa permanente por no perder dichas capacidades.

Stephen Krasner, en su obra “Soberanía: hipocresía internacional organizada”, pone en cuestionamiento a la soberanía observando la clara desigualdad que existe en las relaciones entre Estados. Esta finalmente está dada por las condiciones políticas, económicas y militares de unos frente a otros.³⁹ Esto coincide lo señalado por Hardt y Negri en cuanto a la soberanía que se puede modificar si así lo exige el capital como dinamizador del *imperio*, que se vale de medios políticos y militares para imponer sus intereses.

Lo dicho también repercute en los procesos de integración que se promueven en diferentes regiones del mundo con miras a fortalecer principalmente las relaciones comerciales y económicas. César Montaña, distingue que, si bien estos procesos inciden en las comprensiones de soberanía, deben observarse los debates teóricos de las realidades prácticas.

El problema de la soberanía en materia de los procesos de integración supranacional es central, eso sí debemos reconocer que interesa más desde la óptica teórica antes que fáctica, y creemos que al menos tiene que ser enfocado en dos momentos diferentes. El primero, cuando los estados soberanamente deciden integrarse, y por virtud de ello, desprenderse temporalmente

³⁸ *Ibíd.*, 16.

³⁹ Stephen D. Krasner, *Soberanía. hipocresía organizada*, (Barcelona: Paidós, 2001).

–mediante un ejercicio de liberalidad- de un cúmulo de atribuciones o poderes, de tal forma que en adelante sean ejercidas por órganos e instituciones supranacionales; el segundo, cuando al verificarse el despliegue de los poderes supranacionales mediante la adopción de políticas o de normas jurídicas compartidas, los estados quedan compelidos a su cumplimiento, pues, resultan autolimitados en las capacidades de acción administrativa y reguladora.⁴⁰

Así, en los procesos de integración los Estados ajustan y autolimitan sus poderes ante normativas e incluso órganos supranacionales convenidas luego de procesos de negociación. No obstante, dichas normas y órganos también gravitan en torno a la preponderancia económica, política y militar que ejercen unos Estados en relación a otros y que marcan los acuerdos y negociaciones entre Estados. De esta manera, los procesos de integración también se encuentran atravesados por los condicionantes del *imperio*, señalados por Hart y Negri, de tal manera que el propósito de crecimiento económico es usualmente el principal factor que hace que se pongan en marcha estos procesos.

Pluralismo jurídico y soberanía

Por otra parte, las críticas a la soberanía clásica no solamente surgen desde las relaciones internacionales, sino también desde la comprensión del ordenamiento jurídico interno del Estado. En lo dicho se inscribe el pluralismo jurídico, entendido como “la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio socio político, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales”⁴¹

Así, el pluralismo jurídico implica el reconocimiento de diversas fuentes de derecho que no son las tradicionales que el Estado-nación ha determinado. Hay que recordar que la soberanía era el fundamento unificador del ordenamiento jurídico. La base del monismo jurídico. No obstante Antonio Carlos Wolkmer señala:

Sin negar o abolir las manifestaciones normativas estatales, se trata de avanzar democráticamente rumbo a una legalidad diversa, al margen de la jurisdicción dispuesta por el Estado. Esta pluralidad concomitante está fundada, ya no en la lógica de lo formal y en los controles disciplinarios, sino en sujetos colectivos.⁴²

⁴⁰ César Montaña, “Problemas constitucionales de las integraciones supranacionales: análisis del caso andino”, Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2012, 156, <http://hdl.handle.net/10644/3063>.

⁴¹ Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho* (Sevilla: MAD, 2006), 47.

⁴² *Ibid.*, 265.

Los sujetos colectivos reconocidos por el pluralismo jurídico son varios e incluyen principalmente a los grupos sindicales y otros movimientos sociales, pero es el reconocimiento de las diversas formas de autoridad y justicia de los pueblos indígenas, afrodescendientes y otras colectividades, lo que ha puesto en juego a la soberanía y al monismo jurídico. Fundados en un pasado histórico que antecede a la existencia del Estado, estas diversas formas de organización social, política y jurídica se desmarca de las lógicas occidentales y de los preceptos tradicionales sobre los que se fundamenta el Estado moderno. Hay que recordar que los precursores teóricos de la soberanía legitimaban la imposición del Estado como forma civilizadora de los pueblos originarios en el Continente Americano.

El pluralismo jurídico, en particular expresado en el ejercicio de la justicia indígena, lleva a observar que no siempre quién decide en última instancia es el Estado-nación a través de sus instituciones, incluso reconociendo principios como la plurinacionalidad, como en el caso de las constituciones de Ecuador y Bolivia. De esta forma, es el mismo Estado el que reconoce, que las autoridades, formas y mecanismos que le son propios para la creación de normas e instituciones, no son las únicas “válidas” dentro de su territorio y que existen otras que son igualmente exigibles.

Este reconocimiento supone evidenciar que existen expresiones jurídicas que han precedido al Estado – particularmente en Latinoamérica - y que, han trascendido al reconocimiento constitucional o legal, logrando preservarse en el tiempo como prácticas consuetudinarias.

Esto pone en entredicho la idea tradicional de la soberanía interna del Estado, concebida como la concentración de la potestad única de normar, decidir e imponer el cumplimiento de sus decisiones. En el marco del pluralismo jurídico, esta concepción es incompatible con el reconocimiento de la diversidad de expresiones jurídicas.

Claramente este no es un debate concluido, pero a partir de las reflexiones que surgen de las experiencias de Ecuador y Perú, es posible aseverar que, aun cuando la concepción tradicional de soberanía interna es cuestionada sustancialmente, prevalece la idea de un proyecto de Estado fundamentado constitucionalmente en el que coexisten diversas formas de producción y aplicación del derecho, sin hegemonía de una sobre otra.⁴³

⁴³ Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburg, 2012), 18.

Es decir, el cuestionamiento sustancial que plantea el pluralismo jurídico alcanza no solo a la soberanía sino también al modelo de Estado. El modelo de Estado moderno no admite la diversidad jurídica y el reconocimiento de autoridades que no sean las determinadas conforme la ley estatal. En consecuencia, no hay *suma potestas* como soberanía del Estado. La fuerza vinculante de la pluralidad de autoridades y decisiones que coexisten bajo el Estado constitucional, surge de sus propias formas y tradiciones consuetudinarias.

Derechos humanos y soberanía

Desde el campo de los derechos humanos también se han planteado críticas sustanciales a la soberanía. Partiendo, desde la visión integral y dinámica de los derechos humanos que propone Joaquín Herrera Flores, estos son concebidos como “procesos, es decir, el resultado, siempre provisional, de las luchas que los seres humanos ponen en práctica para poder acceder a los bienes necesarios para la vida”.⁴⁴

Esta concepción dota a los derechos humanos de una perspectiva histórica y los asume como una tarea en curso. Este autor añade que los derechos humanos son “el conjunto de luchas por la dignidad, cuyos resultados, si es que tenemos el poder necesario para ello, deberán ser garantizados por las normas jurídicas, las políticas públicas y una economía abierta a las exigencias de la dignidad”.⁴⁵

Este razonamiento incluye una mirada interdisciplinaria que no se centra exclusivamente en lo jurídico y permite poner en el centro de análisis a los sujetos de derechos, es decir, a las personas o colectivos que deben enfrentar a diferentes tipos de poderes –aunque usualmente es el estatal–para exigir y reivindicar aquellos bienes necesarios para una vida digna. Como se ha analizado en líneas anteriores, el recorrido histórico del término soberanía ha estado marcado profundamente por la pregunta sobre quién y frente a quién se ejerce el poder político. En este sentido, los derechos humanos entrañan tensiones profundas con el poder para disputar los bienes necesarios para la vida digna.

Como se ha revisado anteriormente, la soberanía asumida en su sentido clásico es un concepto estrechamente vinculado con lo estático que preserva el *status quo* del poder. Mientras que la comprensión dinámica y emancipadora de los derechos humanos confronta con este sentido de la soberanía. Lo dicho se puede constatar no solamente en el ámbito teórico sino también práctico. Si se pasa revista a las diferentes reivindicaciones de los derechos de las

⁴⁴ Joaquín Flores Herrera, *La reinención de los Derechos Humanos* (Andalucía: Atrapasueños, 2007), 22.

⁴⁵ *Ibíd.*, 28.

mujeres, de los pueblos indígenas o afrodescendientes, de los grupos LGBTI, de las personas con discapacidad o de otros grupos, todos ellos deben confrontar realidades de opresión que usualmente se sostienen en normas, políticas o instituciones que, fundadas en la soberanía, se sostienen desde el poder estatal.

De tal modo que la soberanía se convierte en una fuerza que puede resultar homogenizadora del Estado-nación y que invisibiliza a las diversidades. Por este motivo, la propuesta de un estado plurinacional confronta también con la idea tradicional de la soberanía unificadora como sinónimo de homogenización de la sociedad, de la historia, de la cultura e incluso de sus relaciones jurídicas, que como se ha visto son diversas bajo la óptica del pluralismo jurídico.

Así a manera de ejemplo, la lucha de los pueblos indígenas y campesinos por sus territorios y los derechos de la naturaleza conlleva con frecuencia enfrentamientos con la fuerza pública, las reivindicaciones de las mujeres en contra de la violencia del patriarcado y el machismo incluyen enfrentar formas caducas del sistema de justicia fundadas en normas que desconocen sus realidades, las de las personas LGBTI es una permanente batalla en contra de las formas jurídicas e institucionales que los desconocen, similar situación deben enfrentar las personas con discapacidades que buscan modificar las normas que regulan los espacios o la accesibilidad a diferentes bienes o servicios, las personas en movilidad humana que enfrentan controles y políticas migratorias que restringen sus derechos. El denominador común de estos ejemplos, es la soberanía estatal que se impone a través de la fuerza pública, las normas, las políticas públicas, el control de las fronteras, las instituciones son las expresiones cotidianas del Estado y de su poder de decisión y de coacción.

Es claro que el patriarcado, el etnocentrismo, el racismo, el clasismo, la xenofobia y en general todas las formas de exclusión y discriminación no se expresan únicamente a través del poder del Estado, sino que son evidentes en otras formas de poder como el económico o el mediático; y, de igual manera, en diferentes dimensiones del poder en la sociedad. Sin embargo, el Estado como forma de organización social imperante es la estructura que termina por validar, promover o sancionar dichas conductas y así posibilitar o limitar el sostenimiento de relaciones injustas que atentan a la dignidad humana. De este modo, la soberanía estatal puede devenir fácilmente en una limitación que frena o retarda los procesos por el reconocimiento de los derechos humanos.

Así, la abstracción de la soberanía busca imponerse sobre la concreción de la dignidad, pues como señala Herrera Flores: “Hablar de dignidad humana no implica hacerlo de un concepto ideal o abstracto. La dignidad es un fin material. Un objetivo que se concreta en dicho acceso igualitario y generalizado a los bienes que hacen que la vida sea “digna” de ser vivida”.⁴⁶

Entonces, si bajo el razonamiento de Hardt y Negri la soberanía estatal se ha convertido en instrumento del intereses del imperio y el capital en el contexto global, si Krasner identifica que subyace un manejo hipócrita de la soberanía, si el pluralismo jurídico difumina el sentido monista del ordenamiento jurídico que se asentaba en la soberanía y si los procesos emancipatorios por la dignidad humana que implican los derechos humanos confrontan permanentemente con el poder de coacción y de mantenimiento del *status quo*, cabe preguntarse sobre el sentido de la soberanía en la actualidad.

Para Luigi Ferrajoli este es un concepto “próximo a su ocaso”⁴⁷ e identifica aporías⁴⁸ de orden filosófico, histórico y jurídico que la vuelven imposible desde su propia concepción y por tanto que harían insostenible su vigencia. La primera de las aporías que identifica Ferrajoli se ubica en el ámbito filosófico jurídico y señala que la soberanía es “una construcción de matriz iusnaturalista que ha servido como base para la concepción positivista del Estado y del derecho internacional moderno”.⁴⁹

Según este autor, años antes que Bodino enunciara el primer concepto de soberanía, Francisco de Vitoria, planteaba la configuración del mundo como una “sociedad natural de Estados soberanos”⁵⁰ los que a su vez se encontraban bajo el gobierno de un soberano, de tal manera, que tanto interna como externamente la soberanía surge, ya sea con fundamento divino o racional, como algo natural, así como potestades que fueron reconocidas a los Estados como parte de su naturaleza, tal es el caso del *ius ad bellum* o la posibilidad de declarar la guerra. En resumen a lo interno la soberanía se asume como una “fuente suprema y no derivada, y se convierte en base de todo el aparato conceptual del positivismo jurídico: del principio de legalidad y de la convencionalidad del derecho”.⁵¹

⁴⁶ Ibid., 26.

⁴⁷ Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, 125.

⁴⁸ La RAE define aporía como un “Enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional” <http://dle.rae.es/?id=3Fc9l3k>.

⁴⁹ Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, 125.

⁵⁰ Ibid., 128.

⁵¹ Ibid., 134.

La segunda aporía está identificada en el recorrido histórico, tanto teórico como práctico de la soberanía. Para Ferrajoli han tenido lugar dos procesos: por una parte, la progresiva limitación de la soberanía interna y por otra, la progresiva absolutización de la soberanía externa. En este sentido, la progresiva construcción de Estados constitucionales supone en palabras de este autor “el final de la soberanía como *potestas legibus soluta y superiorem non recognoscens*”,⁵² es decir, como poder soberano y absoluto. De hecho, ni siquiera el pueblo o las mayorías tienen condición suprema o absoluta pues se encuentran sometidos a la Constitución pero sobre todo a los derechos que son parte esencial de los Estados democráticos.

Hay que agregar que la finalidad de las garantías constitucionales es que los derechos puedan sobreponerse a extralimitaciones del poder del Estado o de otros poderes. En este sentido, en un Estado democrático no puede pensarse la idea de soberanía como limitante de los derechos, sino al contrario.

En cuanto a la soberanía externa, Ferrajoli establece que si bien hacia lo interno las comunidades organizadas en Estados democráticos, al menos desde el desarrollo de un ordenamiento jurídico, habrían dejado de lado el estado de naturaleza, en el cual domina el más fuerte; no ocurre lo mismo en el ámbito internacional en la que Estados con mayor poder militar o económico se imponen o intervienen frente a aquellos en condiciones más débiles. Aspecto que se contrapone al desarrollo de los instrumentos internacionales para mantener la paz y garantizar los derechos humanos como tareas fundamentales. No obstante, reconoce que tales instrumentos constituyen ya una semilla para limitar la soberanía en su sentido externo; el reto radica en las dificultades para exigir su cumplimiento.⁵³

Y finalmente en la tercera aporía identificada Ferrajoli defiende la tesis de la existencia de “una antinomia irresoluble entre soberanía y derecho”,⁵⁴ este es uno de los argumentos que atacan a los fundamentos mismos de la soberanía. El autor explica que la soberanía

Tanto en su dimensión interna como en la externa su crisis, podemos afirmar ya, se origina en el momento en que entra en contacto con el derecho, pues ella misma es la negación del derecho, al igual que el derecho es su negación. Y es que la soberanía es ausencia de límites y de reglas, es decir, lo contrario de lo que caracteriza el derecho. De modo que la historia jurídica de la soberanía es la historia de una antinomia entre dos términos –derecho y soberanía– lógicamente incompatibles e históricamente enfrentados entre sí.⁵⁵

⁵² *Ibíd.*, 140.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*, 126.

⁵⁵ *Ibíd.*, 147.

Esta crisis de la soberanía implica al Estado, al ser uno de sus fundamentos principales. Como señala Ferrajoli “El Estado es ya demasiado grande para las cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes”,⁵⁶ problemática que se agudiza al no asumir tal crisis y aferrarse a la soberanía como principio rector de la acción estatal que reproduce concepciones que confrontan con el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos.

La soberanía ha permitido sostener una forma de organización social y política, es decir el Estado *per se* o anteriormente el sostener una élite o grupo en el poder político. No obstante, bajo una nueva mirada el Estado tiene sentido solo en la medida en que puede hacer efectivos los bienes materiales o inmateriales necesarios para que las personas, los pueblos y la naturaleza desarrollen una vida digna (en su sentido concreto), es decir, mientras los derechos puedan hacerse efectivos.

Como se observa, la crítica de los derechos humanos al controvertir a la soberanía también alcanza al modelo del Estado moderno, pues deja sin piso a una forma de organización política centrado en élites y en grupos humanos excluidos de la toma de decisiones y del ejercicio de derechos.

En consecuencia, la soberanía entendida bajo los parámetros del Estado nacional moderno ya no tiene cabida. No existe un poder de decisión sin límites. Desde la perspectiva de la soberanía del Estado, las decisiones están limitadas por marcos jurídicos e institucionales nacionales e internacionales, así como por el pluralismo jurídico y por el sistema político, social, económico y militar global. Estos elementos cuestionan sustancialmente la soberanía interna como externa.

De igual manera, la soberanía entendida como la voluntad popular, tampoco es ilimitada pues los derechos humanos, así como el Estado constitucional se convierten en frenos ante decisiones mayoritarias que puede implicar regresividad, vulneraciones a los derechos humanos de grupos diversos o que podrían contraponerse a los valores que sustentan la democracia.

Si hay algún fundamento que mantiene vigente al Estado no debe ser ya la soberanía sino los derechos humanos y los procesos diversos que los construyen y sostienen, que se concretan en las dignidades humanas en cada caso, por ello la idea del Estado homogenizador pierde asidero y conceptos como el del Estado plurinacional que reconoce la diversidad resulta más pertinente.

⁵⁶ *Ibíd.*, 151.

2. Soberanía y el tratamiento jurídico de la movilidad humana

Ahora bien, revisado el recorrido histórico y los sentidos complejos que abarca la soberanía, cabe analizar sus implicaciones respecto de la movilidad humana.

La movilidad humana, entendida como la posibilidad intrínseca de los seres humanos de trasladarse de un lugar a otro, confronta con la idea original de un Estado- nación dotado de fronteras rígidas que delimitan al territorio en el que habitan sus ciudadanos. Luigi Ferrajoli en su ensayo sobre la relación entre soberanía y ciudadanía señala:

Hoy el universalismo de los derechos humanos es puesto a prueba por la presión en nuestras fronteras de hordas de pueblos hambrientos, de modo tal que ser una persona ha dejado de constituir una condición suficiente para poseer dichos derechos. Estos se han convertido, siguiendo la ya clásica tesis de T.H. Marshall (1950), en derechos de ciudadanía. Así, la ciudadanía se ha vuelto el prerequisite del derecho de entrada y residencia en el territorio de un estado. De este modo, la ciudadanía ha dejado de ser el fundamento de la igualdad. Mientras internamente la ciudadanía se ha fracturado en diferentes tipos de ciudadanía desiguales correspondientes a nuevas diferenciaciones de status que van de ciudadanos plenos a semiciudadanos con derecho de residencia, refugiados e inmigrantes ilegales; en lo externo funciona como un privilegio y una fuente de exclusión y discriminación con respecto a los no ciudadanos.⁵⁷

La soberanía estatal decide, impone y jerarquiza, impactando de manera decisiva en la movilidad humana, pues sobre este concepto se construye y sostiene la idea de ciudadanía que es un dispositivo clave en la preservación del Estado-nación. Pues al establecerse como un sinónimo de la nacionalidad, restringe el reconocimiento de derechos únicamente para quienes pertenecen a dicho Estado, constituyendo una forma generalizada de desigualdad y discriminación.

Esta es una ruptura con la idea de universalidad de los derechos humanos y con el principio de igualdad y no discriminación, pues se ha normalizado que el salir del país de origen y cruzar una frontera internacional, automáticamente la condición de sujeto de derechos que se ve afectada por el ordenamiento jurídico del Estado de destino, ya no se es ciudadano.

En términos generales esta distinción es generalizada a pesar de que los procesos históricos de luchas por los derechos humanos han cuestionado y deconstruido restricciones o desigualdades que han permanecido naturalizadas socialmente por largo tiempo, tales como el

⁵⁷ Luigi Ferrajoli, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía”, en *Revista Isonomía* No.9, octubre 1998 (México: ITAM, 1998), 181.

sexo, edad, etnia, condición social y patrimonial, identidades sexogenéricas, discapacidades y otras que actualmente son reconocidas tanto en instrumentos internacionales de derechos humanos, como en los ordenamientos jurídicos estatales como condiciones que deben ser protegidas en contra de la discriminación.

Sin embargo, desde una perspectiva general, el origen nacional y la condición migratoria son dos categorías que en la práctica aún no alcanzan una noción de igualdad de derechos plena. De tal manera que, encontrarse en el territorio de otro Estado podría implicar una situación de desigualdad que puede ser aceptada como *normal* pues las normas y políticas migratorias juegan un rol preponderante al establecer las categorías de visados que selecciona, jerarquizan y sitúan a quienes se encuentran en condición migratoria irregular en la imposibilidad absoluta del reconocimiento como sujetos plenos de derechos. Es evidente que la nacionalidad comprendida como un sinónimo de la ciudadanía resulta una prerrogativa o dicho en palabras de Ferrajoli “se ha convertido en el último privilegio personal, el último factor de discriminación y la última reliquia premoderna de las diferenciaciones por status”.⁵⁸

A este razonamiento se debe añadir recordando las reflexiones de Hardt y Negri para quienes la soberanía actúa de manera funcional al capital y al imperio, que la selectividad de la migración es el contenido primordial de las políticas migratorias, es decir definir los tipos de migración deseable para un Estado, parámetro en el que usualmente se incluye a quienes poseen recursos económicos. Estas políticas no son exclusivas de los países industrializados y principales receptores de la migración mundial, sino que comportan un denominador común de las normativas y políticas migratorias a nivel mundial.

De tal suerte que, para quienes poseen mayores recursos económicos resulta siempre más fácil cumplir con los valores que se asignan para la regularización migratoria o para la obtención de documentos. El factor económico es decisivo y excluye a quienes no se encuentran en condiciones de solventar estos costos. Nuevamente, la soberanía que otorga la potestad de control de ingreso y salida del territorio del Estado, aparece aquí otorgando privilegios a unos y ubicando en desventaja a quienes se encuentren en situaciones empobrecidas, quienes deberán enfrentar la irregularidad migratoria y finalmente la expulsión del territorio. Expresiones clásicas de las potestades soberanas del Estado.⁵⁹

⁵⁸ *Ibíd.*, 178.

⁵⁹ Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, 142.

Así, la contradicción con el principio de igualdad y no discriminación no solamente tiene lugar entre las personas nacionales de un Estado y quienes no lo son, sino también entre ellas, diferenciándolas en función de su nacionalidad; y por otra parte, en función de sus condiciones socioeconómicas mediante el privilegio del acceso a la condición migratoria regular y categorizándolos a través de los tipos de visados. Por ello, Boaventura de Sousa Santos, señala que:

Los inmigrantes ilegales cuestionan, de forma muy directa, una de las prerrogativas estatales íntimamente asociadas con la soberanía territorial: los poderes del Estado para decidir quién ingresará a su territorio, para negar el ingreso y para expulsar extranjeros indeseados. La existencia misma de los inmigrantes ilegales demuestra que tales poderes están siendo erosionados y, con ellos, la soberanía territorial ⁶⁰

En líneas anteriores se afirmó que la soberanía es un concepto que busca lo estático y tal como lo corrobora Boaventura de Sousa, al estar estrechamente vinculada a la territorialidad del Estado se encuentra en tensión permanente con la movilidad humana. Por ello, este autor hace referencia a que las personas inmigrantes, principalmente aquellas que no logran cumplir con los parámetros impuestos por los Estados para acceder a la condición migratoria regular mediante un visado.

La movilidad humana pone en evidencia estas relaciones de poder desiguales y a pesar de los cuestionamientos que se han hecho a la soberanía, tanto desde la teoría como desde los hechos mundialmente conocidos, esta parecería recobrar su característica de absoluta cuando se trata de establecer límites y reconocer derechos de las personas de otro origen nacional. Así, las garantías de los derechos que los Estados reconocen a sus nacionales, se convierten en potestades discrecionales e incluso en decisiones arbitrarias respecto de quienes no lo son, aun cuando haya normas de derecho interno o internacional que los regulan.

En definitiva, se puede afirmar que la soberanía opera sobre la movilidad humana, fortaleciendo las fronteras respecto de cierto grupo de personas. Este fortalecimiento de las fronteras es evidente no solamente en formas tangibles de dispositivos de control migratorio, sean muros, puestos de vigilancia y verificación de documentos o grupos de fuerza pública destinados a estos fines, sino también aquellas fronteras que configuran las expresiones naturalizadas de discriminación en razón del origen nacional y la condición migratoria como la ciudadanía, la condición socioeconómica y otras. Consecuencia de esto, el término *extranjero*

⁶⁰ Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – ILSA, 1999), 124.

es asumido como lo contrario de *ciudadano* y por tanto excluido del goce pleno de derechos que abarca la ciudadanía.

Como explica Javier de Lucas “El resultado paradigmático de ese proyecto es el Estado moderno, que tiene por emblemas una noción de soberanía que, por definición, es monista, y una noción de ciudadanía basada en la homogeneidad, o para ser más precisos, en la confusión entre uniformidad e igualdad”.⁶¹

Todas estas fronteras están contenidas en la ciudadanía y en la práctica afectan no solo las libertades de circulación y residencia, derechos usualmente asociados a la movilidad humana, sino también el reconocimiento y ejercicio de los derechos sociales y políticos en detrimento del principio de igualdad material.⁶² Es decir, aun cuando se admita la posibilidad de ingreso al territorio del Estado e incluso una condición migratoria regular, el ejercicio de derechos como el trabajo, la salud, la vivienda, la seguridad social, la educación y los derechos de participación política se subordinan a los condicionamientos de las normas y políticas internas respecto del tratamiento jurídico de quienes no son nacionales.

Adicionalmente, es posible afirmar que la idea de soberanía no solamente opera desde las estructuras estatales, sino también desde los comportamientos xenofóbicos que ocurren en las sociedades receptoras de la movilidad. En el fondo, estas son constataciones de los niveles de apropiación de la idea de soberanía como justificación para la discriminación que han permeado las sociedades y que se expresan en hechos concretos y cotidianos, como la decisión de no arrendar una vivienda o negar un contrato laboral en razón de la nacionalidad, la explotación laboral, la agresión en el espacio público, entre otras manifestaciones que ponen en evidencia la percepción de superioridad que poseen los nacionales frente a quienes no lo son. En el fondo subyace el convencimiento de que los derechos van de la mano con la pertenencia a un Estado-nación.

Por su puesto, estos comportamientos al igual que las políticas migratorias son también selectivas, es decir, hay grupos de migrantes que tienen mayor probabilidad de enfrentar discriminación y xenofobia que otros, en razón de su condición socioeconómica, nacionalidad adicionalmente de otras interseccionalidades como el sexo, identidad sexogenérica, etnia, idioma, la edad y demás condiciones diversas que pueden ubicarlas en mayores condiciones de

⁶¹ Javier de Lucas, “El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo” en *El Vínculo Social: Ciudadanía y Cosmopolitismo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 22.

⁶² María José Añón, “La contribución de los derechos sociales al vínculo social”, en *El Vínculo Social: Ciudadanía y Cosmopolitismo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 277 -307.

exclusión y afectación en el ejercicio de sus derechos. Como asevera Adela Cortina, “el problema no es entonces de raza, de etnia ni tampoco de extranjería. El problema es de pobreza. Y lo más sensible en este caso es que hay muchos racistas y xenófobos, pero aporófobos, casi todos”.⁶³ Y la aporofobia, es decir, el rechazo a las personas con limitados o nulos recursos económicos, atraviesa de manera sustancial a las políticas migratorias.

Estas reflexiones han sentado las bases teóricas para la deconstrucción jurídico política de los sentidos tradicionales de soberanía y ciudadanía y permiten identificar su relación con la movilidad humana. Conviene ahora explorar hacia donde apuntan los planteamientos que apuntan a superar estas conflictividades.

Ferrajoli, por su parte, propone asumir la crisis del Estado-nación y de la soberanía como su elemento esencial a fin de asegurar el respeto de los derechos humanos tanto desde el ámbito interno de los Estados como en el ámbito internacional. En lo interno, asegurando la consolidación de los Estados constitucionales, que tienen como principal objetivo el reconocimiento y garantía de los derechos; mientras que, en lo internacional, inspirado en Francisco de Vitoria apunta a la construcción de un constitucionalismo mundial, es decir, no en “un improbable y no deseable gobierno mundial. Sino de una forma mucho más simple, en la perspectiva de una efectiva limitación de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior”.⁶⁴

Esto fundamentado en un rol protagónico de las Naciones Unidas y que va de la mano con proscripción de la guerra y, en una suerte de “indemnización” de los países colonizadores reconocer de manera universal el *ius migrandi*, entre otros derechos que Francisco Vitoria había proclamado en su momento para los pueblos conquistadores. Y finalmente, tomar en serio los derechos humanos, “esto significa reconocer su carácter supraestatal, garantizarlos no sólo dentro sino también fuera y contra todos los Estados, y así poner fin a este gran *apartheid* que excluye de su disfrute a la mayoría del género humano”.⁶⁵

Estos primeros lineamientos que sugiere Ferrajoli vislumbran un posible horizonte, no obstante, se centran en la misma acción del Estado para alcanzarlo, es decir, pretende que el Estado acepte su propia crisis y la de sus potestades soberanas a fin de deconstruir sus

⁶³ Adela Cortina, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, (Barcelona: Paidós, 2017), 21.

⁶⁴ Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, 153.

⁶⁵ *Ibid.*, 155.

fundamentos, lo cual, resulta poco probable. De igual manera, el atribuir un rol mayor en la limitación de la soberanía a las Naciones Unidas cuando este organismo internacional nace y actúa a partir de las decisiones soberanas de los Estados, incluso en medio de cuestionamientos por parte de estos a su funcionamiento y del condicionamiento del financiamiento. En suma, si bien los objetivos a los que apunta este autor son deseables, los principales protagonistas son los mismos Estados restando importancia a otros actores que son claves, como las personas en movilidad y los procesos de reivindicaciones de derechos que ocurren incluso más allá de las fronteras.

Javier de Lucas y María José Fariñas apuntan a la redefinición de la ciudadanía no condicionada a la pertenencia a un Estado, sino como el ejercicio de derechos combinando dos dimensiones: por una parte, a lo interno como ciudadanías diferenciadas o fragmentadas, es decir, que a fin de garantizar la igualdad de derechos tomen en cuenta las condiciones diferentes de las personas en movilidad humana evitando la homogenización; y a lo externo como ciudadanía cosmopolita, que asume a la persona como un sujeto que

Ejerce los derechos derivados de su *ciudadanía* no solo dentro de los límites de la soberanía nacional de su Estado, sino también fuera puesto que tal sujeto tendría un doble vínculo jurídico – político, por una parte el vínculo con su Estado nacional, y por otra parte, el vínculo derivado de la integración de su propio Estado en cualquier tipo de regiones globales.⁶⁶

Aunque, Fariñas, reconoce que el contexto político, económico y social mundial impiden la implementación y consolidación de una ciudadanía universal. No obstante, reconoce y coincide con Ferrajoli que los derechos humanos deben servir como contenidos básicos en el proceso globalizador.⁶⁷

Por su parte, Boaventura de Sousa plantea una visión cosmopolita de los derechos humanos desde una nueva perspectiva social, cultural y política-jurídica emancipadora

Como quiera que la migración transnacional es impuesta a las personas, no hay justificación para distinguir entre nacionales y extranjeros. A la luz de los principios internacionales de los derechos humanos, cuando las personas arriesguen su vida al decidir quedarse en su país, pasan a ser *ipso facto* ciudadanos de otro país. Esta es la premisa básica de un nuevo cosmopolitismo político y jurídico. Es nuevo en la medida en que no está basado en principios abstractos de individualismo, universalismo y generalidad, sino en fundamentos históricos y premisas políticas progresistas.⁶⁸

⁶⁶ María José Fariñas, “Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada”, en *El Vínculo Social: Ciudadanía y Cosmopolitismo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 178.

⁶⁷ *Ibid.*, 179.

⁶⁸ Boaventura de Sousa Santos, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regularización y la emancipación*, (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-ILSA, 1998) 143.

Boaventura rechaza las lógicas universalizadoras, como sinónimo de homogenización, que se imponen desde lo hegemónico, incluso aquellas pueden volver a los derechos humanos como pretexto para la opresión. Por ello reconoce procesos de diálogo que “desde del Sur” (entendido Sur como los lugares no hegemónicos) tengan un sentido cosmopolita es decir que sin descaracterizar culturalmente o históricamente hagan posible la dignidad de quienes deben migrar.⁶⁹

En suma, sea que las reflexiones concluyen en la denominación de cosmopolitismo, ciudadanía universal o constitucionalismo global hay algunos elementos comunes que trazan un horizonte. El primero es la constatación de la crisis de la soberanía y de la necesidad de la deconstrucción de este concepto que no tiene cabida en el contexto mundial actual y menos aún desde su concepción originaria de potestad absoluta. Esto comprende no solo el ámbito de la comprensión filosófica jurídica, sino que debe reflejarse en cambios sustanciales en la concepción de Estado y sus fundamentos. En este sentido, retomando la idea que se había planteado en líneas anteriores, el respeto y la garantía de los derechos humanos debe reemplazar a la idea de soberanía como sustrato y fin del Estado.

Un segundo elemento, es el impacto directo que tiene el cuestionamiento a la soberanía en la concepción de la ciudadanía como sinónimo de nacionalidad y status opuesto a la igualdad en derechos que naturaliza la discriminación. Sea desde el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos como interna del Estado constitucional de derechos, no tiene cabida un factor que *pers se* naturaliza la discriminación como es la ciudadanía. Frente a ello, autores como Javier de Lucas apuntan a dotar de un nuevo contenido a la ciudadanía libre de discriminación y reconociendo su multiculturalidad; mientras que otros, como Luigi Ferrajoli, apuntan a reivindicar a la persona, en lugar de al ciudadano, no obstante, la idea central se encuentra en el ejercicio de los derechos humanos sin discriminación.

Finalmente, un tercer aspecto que se deriva de los anteriores es el sentido emancipador —en términos de Boaventura de Sousa— de estos planteamientos que reorientan la mirada hacia a las personas en movilidad humana y el respeto y garantía de sus derechos en un contexto que les es adverso frente a poderes políticos, jurídicos, económicos y sociales globalizados. Aspecto que obliga a dejar de lado conceptos tradicionales y roles tradicionales de los organismos internacionales y de los Estados usualmente vinculados a la soberanía, como señala Ferrajoli.

⁶⁹ *Ibíd.*, 143.

Por ende, estos procesos deben ser alimentados por reflexiones y acciones que trascienden el campo de lo político jurídico y repercutan también en la cotidianidad de la interrelación de las diversidades.

En suma, la soberanía no solo no puede ser concebida en su sentido originario, es decir, como una potestad ilimitada y absoluta del Estado, sino que no tiene cabida como consecuencia de los cuestionamientos que provienen los derechos humanos, el pluralismo jurídico y otros factores como la globalización o los procesos de integración. Todo ello determina aquello que la soberanía no puede ser: imposición, homogeneidad, arbitrariedad e inmovilidad.

Existe una particular tensión entre la movilidad humana y la soberanía. La movilidad humana entraña una noción dinámica intrínseca a la condición humana, en tanto que la soberanía, supone lo estático, como ejercicio del poder estatal que se ejerce sobre un territorio determinado. La soberanía diseñada para mantener un orden y una forma de organización social y política, denominada Estado, ha sido desarrollada en la teoría como un presupuesto dado, en tanto que la movilidad humana es vista como un hecho excepcional.

Es así que los grandes desplazamientos humanos que tienen lugar sobre todo en la segunda mitad del siglo XX constituyen un desafío para las instituciones políticas y jurídicas que, atadas a la concepción clásica de soberanía, no pueden responder adecuadamente a la dinámica vertiginosa de la movilidad humana.

En esta perspectiva crítica, el Estado como organización política y jurídica encuentra su sentido ya no en la soberanía, sino en tanto cumple con la finalidad de proteger y garantizar los derechos humanos dentro su territorio y en el escenario internacional.

Esta propuesta cobra particular relevancia respecto de los derechos de las personas en movilidad humana pues el Estado, en el marco de un proceso globalizado, está obligado a proteger derechos más allá de sus fronteras y asegurar su plena vigencia dentro de su territorio sin discriminación por el origen nacional, la condición migratoria, condición socioeconómica u otros factores de exclusión.

Se puede afirmar que estos son los debates teóricos que han fundamentado la incorporación del principio de la ciudadanía universal y del reconocimiento del derecho a migrar en la Constitución ecuatoriana de 2008, trasladando estas propuestas teóricas al contenido de un instrumento jurídico de rango constitucional.

Capítulo segundo

La soberanía frente al derecho a migrar y la ciudadanía universal: entre el horizonte emancipador y la realidad restrictiva

En la normativa y las políticas sobre movilidad humana se refleja claramente la tensión entre soberanía y derechos humanos. Ecuador no es la excepción. Luego de la aprobación de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) en 2008,⁷⁰ estas tensiones se vuelven evidentes, pues en el texto constitucional se incorporaron principios y se reconocieron derechos específicos sobre movilidad humana, tales como el derecho a migrar y la ciudadanía universal, que son opuestos a la visión restrictiva de la soberanía.

Este capítulo busca profundizar en el contenido del derecho a migrar y de la ciudadanía universal, indagar en la tensión con la soberanía, identificar cómo estos principios y derechos constitucionales se relacionan con los instrumentos internacionales de derechos humanos y cómo se han reflejado en el desarrollo de la legislación sobre movilidad humana en el Ecuador.

1. Movilidad humana y soberanía en la Constitución ecuatoriana de 2008

Para comprender el contenido constitucional sobre movilidad humana y las implicaciones para la soberanía, es importante recordar que la Constitución ecuatoriana de 1998, que precedió a la Constitución de Montecristi de 2008, no incorporaba la noción de movilidad humana, aunque podía encontrarse algunas disposiciones relativas al tema, principalmente vinculadas al tratamiento jurídico de personas de otras nacionalidades.

Así, por ejemplo, se encontraba un capítulo específico denominado “De los extranjeros”, que contenía tres artículos. El primero que hacía referencia al principio de igualdad de derechos. En este se establecía que “los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley”,⁷¹ lo cual, hacía posible que desde la legislación se establecieran tratos diferenciados hacia personas de

⁷⁰ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷¹ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 13.

otro origen nacional adicionales a los que determinaba la Constitución. El segundo artículo de ese capítulo, imponía regulaciones para la contratación del Estado con personas naturales o extranjeras⁷² y el tercero, contenía restricciones al derecho a la propiedad al disponer que “Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir, a ningún título, con fines de explotación económica, tierras o concesiones en zonas de seguridad nacional”.⁷³

En el contenido disímil de estas normas se observa que, aunque se reconocía el principio de igualdad de derechos permanecía la idea del control a través de la ley y las restricciones a derechos que hacían que la igualdad no sea real. Esto se concretaba también en la limitación al derecho a la propiedad en zonas de seguridad nacional, la cual se mantendrá con algunos matices en la Constitución de 2008. Este razonamiento, también se reflejaba en el derecho a transitar libremente, que era reconocido con limitaciones expresas para personas de otro origen nacional, de la siguiente manera: “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia. Los ecuatorianos gozarán de libertad para entrar y salir del Ecuador. En cuanto a los extranjeros, se estará a lo dispuesto en la ley”.⁷⁴

La movilidad estaba consagrada como una forma de libertad restringida a lo dispuesto por la ley para quienes no eran de nacionalidad ecuatoriana, en especial al referirse al ingreso y salida del territorio. Claramente se puede afirmar que esta concepción deriva del principio de soberanía que se traduce en el control hacia las personas que no son nacionales y las limitaciones expresas de derechos. Otro ejemplo de este principio, era la restricción total de los derechos políticos, mientras que se reconocía la posibilidad de que las personas ecuatorianas en el exterior puedan ejercer el derecho al voto para elegir al Presidente y Vicepresidente de la República.⁷⁵

No obstante, resulta interesante que la Constitución de 1998 haya incluido una norma con la siguiente disposición: “El Estado procurará proteger a los ecuatorianos que se encuentren en el extranjero”.⁷⁶ Este era un trazo inicial que sentaría las bases para la actuación extraterritorial del Estado que en la Constitución de 2008 tendrá mayor importancia y

⁷² Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, art. 14. Señalaba que “Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales.”

⁷³ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, art. 15.

⁷⁴ *Ibid.*, art. 23 núm. 14.

⁷⁵ *Ibid.*, art 26 y 27.

⁷⁶ *Ibid.*, art. 11.

desarrollo. No obstante, contrasta con las disposiciones que buscan imponer el control a las personas de otros países que llegan al Ecuador.

En cuanto a la soberanía, la Constitución de 1998, la asumía como el poder que radica en el pueblo, como origen del poder⁷⁷ y también como cualidad del Estado que se ejerce sobre el territorio y sobre las personas.⁷⁸ De hecho, en relación a este último sentido, se puede observar que se asimilaba el término ciudadanía a la nacionalidad, haciendo más evidente la diferencia en el ejercicio de derechos entre las personas ecuatorianas y de otras nacionalidades.

Es importante mencionar que, durante los primeros años de vigencia de dicha Constitución, concretamente entre los años 1999 y 2000,⁷⁹ tuvo lugar una crisis económica, social y política en el Ecuador que provocó un éxodo vertiginoso y sin precedente de personas ecuatorianas principalmente hacia España, Estados Unidos e Italia.⁸⁰ Esta crisis también llevó a que el gobierno adoptara el dólar estadounidense como moneda nacional, lo cual, tuvo un efecto llamada que hizo que los flujos migratorios provenientes de Colombia y Perú se incrementen. Al mismo tiempo que estos hechos ocurrían en el Ecuador, la implementación del Plan Colombia y luego el Plan Patriota, acuerdos de carácter político militar entre Estados Unidos y Colombia para enfrentar el conflicto colombiano, hizo que el número de personas que huían de ese país buscando refugio en el Ecuador crezca.⁸¹

Este contexto posicionó a la movilidad humana y sus diferentes expresiones como hechos relevantes de la realidad ecuatoriana que demandaban la atención del Estado. Además, permitió evidenciar las limitaciones en el marco constitucional y de la legislación para responder a estas nuevas dinámicas, pero sobre todo hizo visible a las personas en movilidad como nuevos actores sociales que plantearon sus reivindicaciones al Estado ecuatoriano desde sus experiencias.

Para 2007, año en que tuvo lugar la Asamblea Constituyente, la población ecuatoriana migrante en el exterior había logrado un importante nivel organizativo y de incidencia en el proceso político, razón por la cual, se eligieron seis asambleístas representantes de esta

⁷⁷ *Ibíd.*, art. 1.

⁷⁸ *Ibíd.*, art. 183 y 240.

⁷⁹ Brad Joskisch y David Kyle, “Las transformaciones de la migración internacional del Ecuador, 1993-2003”, en Isabel Yépez del Castillo y Gioconda Herrera, *“Nuevas migraciones latinoamericanas a Europa. Balances y desafíos”* (Quito: FLACSO, 2007), 57.

⁸⁰ Gioconda Herrera, “Ecuatorianos/as en Europa: de la vertiginosa salida a la construcción de espacios transnacionales”, en *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades* ed. Isabel Yépez del Castillo y Gioconda (Quito: FLACSO- UASB, 2006), 57.

⁸¹ Coalición por las Migraciones y el Refugio (CMR), “Informe sombra al I Informe del Estado Ecuatoriano sobre el cumplimiento de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares” (Quito: CMR, 2007).

población quienes posicionaron y canalizaron sus demandas. De igual manera, en la Asamblea Constituyente participaron en calidad de asesores y asesoras de algunos asambleístas, activistas y miembros de organizaciones de la sociedad civil vinculadas con el trabajo en derechos de personas de inmigrantes y refugiadas en el Ecuador. Además, grupos organizados de emigrantes, inmigrantes, refugiados, otras organizaciones de la sociedad civil y academia presentaron propuestas de contenidos a miembros de la Asamblea.

Así, dentro del proceso constituyente confluyeron diferentes actores, en distintos roles y desde procesos y recorridos múltiples, que finalmente posicionaron algunas reivindicaciones de esta población y dotaron a la visión de movilidad humana, que se introdujo en el texto constitucional, de un sentido más amplio que el de la migración. Se podría afirmar que la idea de un tratamiento coherente entre aquello que el Estado ecuatoriano propugnaba para proteger los derechos de emigrantes en el exterior y las personas de otras nacionalidades que se encuentran en el Ecuador es el que subyace en la apuesta constitucional ecuatoriana de 2008.⁸²

Cabe señalar que el texto constitucional fruto de la Asamblea Constituyente de Montecristi ha generado múltiples debates sobre sus fundamentos teóricos;⁸³ sin embargo, la definición del Ecuador como un “Estado constitucional de derechos y justicia”⁸⁴ ubica a la vigencia de los derechos humanos y de la naturaleza como el fin primordial del Estado. Esta visión atraviesa la Constitución ecuatoriana de tal manera que, toda actuación estatal a través de las políticas públicas, las normas y la institucionalidad deben tener como propósito hacer efectivos los derechos. Adicionalmente, las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución desarrollan mecanismos de exigibilidad para que los derechos no sean únicamente enunciados formales y permitan el ejercicio real. En suma, hay una clara orientación de la Constitución ecuatoriana hacia la preeminencia de los derechos como vertebradores del texto constitucional y, por tanto, de los fines y actuación del Estado.

En este contexto, los principios y derechos sobre movilidad humana reconocidos en la Constitución vigente tienen un mayor desarrollo que los de la Constitución de 1998. No obstante, lo más significativo es el abordaje del hecho migratorio desde el enfoque de derechos humanos que hace la Constitución ecuatoriana, razón por la que adopta el término *movilidad humana*. De esta manera, se asume un fundamento diferente al que proviene de la soberanía para tratar las migraciones. Esta nueva mirada permite también atender a las nuevas dinámicas locales y globales de este hecho social. Consecuencia de ello, el reconocimiento del derecho a

⁸² Javier Arcental, “Constitución, Movilidad Humana y Diversidades” en *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos. Construcciones desde las diversidades* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), 104.

⁸³ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino*, (Quito: Huaponi Editores /UASB, 2016) 35-56.

⁸⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 1.

migrar y el planteamiento del principio de la ciudadanía universal son elementos sustanciales desde los que se propicia este cambio de enfoque.

Es así que la Constitución ecuatoriana contiene un entramado de normas sobre movilidad humana que es transversal a su contenido. Se distinguen normas que están destinadas al reconocimiento y protección de los derechos de las personas en movilidad humana, otras que tienen como objeto la desterritorialización de la actuación del Estado en la protección de derechos y también normas constitucionales que establecen lineamientos para que la institucionalidad estatal incorpore el enfoque de movilidad humana.

Dentro del primer grupo de normas constitucionales se destaca el acápite específico sobre movilidad humana que se encuentra en la sección sobre grupos de atención prioritaria. Este acápite contiene tres artículos en los que se reconoce el derecho a migrar y se establece la prohibición de criminalización de la migración, también se reconoce el derecho a solicitar refugio y asilo y los derechos de las personas desplazadas internas.⁸⁵

Además de estas disposiciones, a lo largo del texto constitucional se recogen otros principios y derechos que refuerzan la concepción de la movilidad humana desde el enfoque de derechos humanos. Entre estos se encuentra el reconocimiento de la igualdad de derechos entre personas nacionales y extranjeras, la prohibición expresa de no discriminación por el origen y la condición migratoria, el reconocimiento de derechos a ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior y el sentido transnacional de la protección de sus derechos, la prohibición de la trata de personas y el tráfico de migrantes, el reconocimiento de derechos de participación para personas de otro origen nacional.⁸⁶

Mientras que entre las normas constitucionales que orientan hacia la desterritorialización de la protección estatal se encuentran las obligaciones esenciales para la protección de derechos de las y los ecuatorianos en el exterior,⁸⁷ las disposiciones que garantizan el ejercicio de los derechos de participación fuera del territorio ecuatoriano y aquellas sobre relaciones internacionales, en las que se consagran principios tales como “la ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur”.⁸⁸

⁸⁵ Ibid., art. 40, 41 y 42.

⁸⁶ Ibid., art. 9, 11 núm. 2, 40, 66 núm. 29 b y 61.

⁸⁷ Ibid., art. 40.

⁸⁸ Ibid., art. 416 núm. 6.

En este mismo sentido se encuentran otras disposiciones constitucionales que obligan al Estado a la protección de derechos de las personas en movilidad humana en el ámbito internacional y latinoamericano. Bajo esta concepción “Exige el respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes, y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos”⁸⁹ Y finalmente un acápite relacionado con la integración latinoamericana como un compromiso del Estado ecuatoriano.⁹⁰

En tanto que, en las normas constitucionales relativas a la institucionalidad para la movilidad humana se encuentra la asignación del control migratorio como una competencia exclusiva del Estado central, la creación de los Consejos Nacionales de Igualdad entre los que se encuentra uno específico sobre movilidad humana, la atribución de la tutela de derechos a los habitantes del Ecuador y a las y los ecuatorianos en el exterior asignada a la Defensoría del Pueblo⁹¹ y una norma que es de gran importancia pues dispone la coordinación entre los diferentes niveles de gobierno y con la sociedad civil para la formulación de las políticas públicas en el ámbito de la movilidad humana. Este artículo señala:

El Estado velará por los derechos de las personas en movilidad humana y ejercerá la rectoría de la política migratoria a través del órgano competente en coordinación con los distintos niveles de gobierno. El Estado diseñará, adoptará, ejecutará y evaluará políticas, planes, programas y proyectos, y coordinará la acción de sus organismos con la de otros Estados y organizaciones de la sociedad civil que trabajen en movilidad humana a nivel nacional e internacional.⁹²

Si bien se hace referencia al control migratorio como parte de las competencias exclusivas del Estado central, el propósito de la norma es la formulación participativa de las políticas migratorias con los diversos actores vinculados en el tema, aspecto que se distancia de la manera tradicional en que éstas se han gestionado como decisiones exclusivas del gobierno central en ejercicio de la soberanía.

Ahora bien, es importante destacar que la soberanía también forma parte del texto constitucional, sin embargo, se la ha dotado de varios sentidos que toman distancia con su acepción tradicional. Así, la Constitución plantea algunas formas de soberanía desde perspectivas emancipadoras y contra hegemónicas. Tal es el caso de la soberanía alimentaria que refiere a la obligación estatal de “garantizar que las personas, comunidades, pueblos y

⁸⁹ Ibid., art. 416 núm. 7.

⁹⁰ Ibid., art. 425 núm. 5.

⁹¹ Ibid., art. 261, 516 y 215.

⁹² Ibid., art. 392.

nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente”⁹³ o la soberanía económica, que implica la autonomía en las decisiones económicas del Estado sin imposición o interferencia de otro Estado o entidad externa; y también se encuentra la soberanía energética que plantea la posibilidad de generar formas de energía sin la dependencia o provisión de recursos energéticos de otro Estado.⁹⁴ Estas acepciones de la soberanía no tienen una relación directa con la movilidad humana, no obstante, posicionan concepciones de la soberanía distintas a las usuales, que básicamente hacen frente a imposiciones que desde poderes económicos o políticos externos pueden afectar las decisiones del Ecuador respecto de estos ámbitos.

Pero a la par también se identifica en el texto constitucional referencias a la soberanía en su sentido tradicional como las que se ha revisado en el primer capítulo. Así, el preámbulo de la Constitución incorpora el sentido de la soberanía popular, como la potestad de una comunidad de generar sus normas básicas. “Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador [...] En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente Constitución de la República del Ecuador”⁹⁵. Esta concepción de soberanía puede observarse también en otros artículos, como en el que se definen las características del Estado ecuatoriano, en donde afirma que “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”⁹⁶ y también en lo relativo a la participación y organización de la sociedad civil.⁹⁷

De esta manera, la Constitución ecuatoriana acoge la idea de soberanía en tanto la traducción de la voluntad de una comunidad políticamente organizada en la actuación de los órganos estatales y de la participación ciudadana. Si bien esta es una de las formas tradicionales de comprender la soberanía, no implica una afectación directa a la movilidad humana pues no está asociada a la seguridad o selectividad.

Por otra parte, la Constitución acoge también la acepción de soberanía como cualidad del Estado que se traduce en su potestad de decidir e imponer su decisión a quienes se encuentran en el territorio y frente a actores externos. Así, en el primer artículo se describe al

⁹³ *Ibíd.*, art. 281.

⁹⁴ *Ibíd.*, art. 283 y 15 y 334.

⁹⁵ *Ibíd.*, preámbulo.

⁹⁶ *Ibíd.*, art. 1.

⁹⁷ *Ibíd.*, art. 96.

Ecuador como un “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”.⁹⁸ Y dentro de los deberes primordiales del Estado se encuentra en el numeral segundo el “Garantizar y defender la soberanía nacional”.⁹⁹

Se puede observar también esta idea de soberanía en las atribuciones constitucionales del Presidente o Presidenta de la República, entre las que se incluye “Velar por el mantenimiento de la soberanía, de la independencia del Estado, del orden interno y de la seguridad pública, y ejercer la dirección política de la defensa nacional”.¹⁰⁰ Y en mismo sentido se establece que “Las Fuerzas Armadas tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía y la integridad territorial”.¹⁰¹

De igual manera, esta concepción se refleja en las competencias establecidas para el Estado central, se encuentran: la defensa nacional, la protección interna y orden público, las relaciones internacionales, y -directamente relacionado con la movilidad humana- “el registro de personas no nacionales, nacionalización y control migratorio”.¹⁰² Estas competencias exclusivas del Estado central se derivan de la noción de soberanía que implica el resguardo del territorio y de quién ingresa o sale de éste, que es atribuido finalmente a los órganos del Ejecutivo a través de los respectivos ministerios que determina la Ley, como se analizará más adelante.

Esta misma concepción se hace evidente en la noción de la atención especial que deben recibir los cantones ubicados en dentro de la franja fronteriza de cuarenta kilómetros para los cuales la Constitución dispone que “recibirán atención preferencial para afianzar una cultura de paz y el desarrollo socioeconómico, mediante políticas integrales que precautelen la soberanía, biodiversidad natural e interculturalidad”.¹⁰³ Esta norma busca hacer énfasis en el desarrollo fronterizo como un medio para el resguardo de la soberanía, es decir, nuevamente este concepto se relaciona claramente con la preservación del territorio, aunque dado el contexto de las provincias fronterizas se menciona también a la interculturalidad, dada la presencia de pueblos indígenas y afrodescendientes. Esta norma contiene una visión de territorialidad que se articula a otros elementos como son la protección de derechos colectivos y de la naturaleza.

⁹⁸ *Ibíd.*, art. 1.

⁹⁹ *Ibíd.*, art. 3 num. 2.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, art. 147 num. 17.

¹⁰¹ *Ibíd.*, art. 157.

¹⁰² *Ibíd.*, art 261 num. 1, 2. y3.

¹⁰³ *Ibíd.*, 249.

Al respecto es importante señalar que, esta concepción de soberanía por estar asociada al control y a la seguridad, usualmente se encuentra en tensión con los derechos humanos y en particular con los derechos de las personas en movilidad humana, tal como se ha visto en el capítulo anterior. Sin embargo, de la manera en que se ha plasmado en el texto constitucional no se refleja con claridad tal contradicción. Por el contrario, el sustrato garantista de la Constitución ecuatoriana establece como premisa que ninguna acción estatal debe incurrir en una vulneración de derechos, en consecuencia, los derechos humanos constituyen un límite soberanía estatal. Surge aquí la inquietud sobre si la aplicación efectiva de esta forma de soberanía ocurre conforme estos parámetros constitucionales, para ello es necesario analizar los casos que serán abordados en el capítulo siguiente.

Por otra parte, también en las normas sobre el régimen de desarrollo y las relaciones internacionales se han introducido disposiciones relativas a la soberanía en contextos de la integración, es decir, en la compresión de soberanía externa. Así, como uno de los objetivos del régimen de desarrollo se establece “Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial”.¹⁰⁴ Desde una perspectiva regional latinoamericana se infiere la apuesta por la construcción de relaciones equitativas entre Estados.

En estas normas constitucionales se destaca el reconocimiento que hace la Constitución de que el ejercicio de la soberanía en el ámbito internacional no ocurre en condiciones de igualdad. Por este motivo, se establece como un objetivo de las relaciones internacionales “Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región”.¹⁰⁵ Esta norma además, hace énfasis en la noción de defensa desde una postura común regional que a su vez, se enmarca en la apuesta constitucional de hacer frente a poderes hegemónicos en el contexto internacional.

Como se ha visto, la noción de soberanía en la Constitución ecuatoriana no es unívoca, pues son evidentes sus diversas acepciones, tanto las tradicionales como fundamento del poder o como cualidad del Estado, así como la incorporación de visiones contra hegemónicas como la soberanía alimentaria, energética y económica.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 276.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 423 núm. 6.

De este análisis queda claro que ninguna disposición constitucional asume a la soberanía como *suma potestas*, es decir, como el poder de decisión absoluto, ilimitado y sin control. Por el contrario, de la revisión de las acepciones de soberanía contenidas en la Constitución ecuatoriana, existe un claro distanciamiento con esa forma de comprender la soberanía pues la misma naturaleza del Estado constitucional de derechos determina límites a través de las normas que deben conducir al ejercicio de los derechos. De hecho, “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”¹⁰⁶ es uno de los deberes primordiales del Estado que se reitera a lo largo del texto constitucional entre las atribuciones de los diferentes órganos y los fines de la normativa y de las políticas públicas.¹⁰⁷

Se debe hacer hincapié en que, bajo ninguna circunstancia las normas constitucionales relativas a la soberanía justifican vulneraciones de derechos humanos o constituyen una excepción a los principios del Estado constitucional de derechos. La movilidad humana no se excluye de este razonamiento, es decir, no podría admitirse una vulneración a derechos de las personas en esta condición justificadas en la soberanía estatal. Por el contrario, el reconocimiento de los principios y derechos constitucionales sobre movilidad humana y en particular del derecho a migrar y de la ciudadanía universal implicarían otras formas de comprender y ejercer la soberanía que se aparta completamente de la idea de la decidir sin limitaciones por parte del Estado.

2. El derecho a migrar

Corresponde entonces analizar el derecho a migrar como parte de la Constitución ecuatoriana. Para ello, es necesario revisar el contexto de su reconocimiento e identificar el contenido del derecho, particularizando en las personas que son sus titulares y en las obligaciones que el Estado debe cumplir para garantizarlo.

Desde las últimas décadas del siglo XX, la intensidad de la movilidad humana a nivel mundial ha suscitado una profunda reflexión respecto de lo que es migrar. Diversas disciplinas se han dedicado a la comprensión de las denominadas migraciones internacionales, principalmente desde la mirada de la sociología, la antropología y la economía dado el contexto

¹⁰⁶ *Ibíd.*, art.3 núm. 1.

¹⁰⁷ Esta disposición se puede encontrar también en el art. 11 núm. 9 que señala “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”

globalizado en el que tienen lugar y porque usualmente los flujos migratorios más numerosos tienen como destino países industrializados y con economías desarrolladas en un entorno capitalista.¹⁰⁸ Aunque también se hacen evidentes los flujos denominados sur-sur, es decir, entre países que no cuentan con economías gravitantes.¹⁰⁹ Estos estudios han indagado en los factores de expulsión y atracción de las migraciones,¹¹⁰ las dinámicas y estrategias, las redes sociales migratorias y factores de integración, las remesas y sus implicaciones económicas,¹¹¹ entre otros elementos que dejan ver que la migración es un hecho social complejo.

Los factores económicos, sociales, culturales y políticos se manifiestan en los diferentes momentos del proceso migratorio: origen, tránsito, destino y retorno. De esta manera, se configuran circunstancias en las que confluyen diversas vulneraciones de derechos que repercuten en las circunstancias individuales, familiares y comunitarias y detonan la migración.¹¹² Las vulneraciones pueden ser de derechos de índole civil y político como las restricciones a las libertades, la integridad y la vida o también de derechos económicos, sociales y culturales, como el trabajo, la seguridad social, la educación, la salud, la vivienda u otros de esta misma categoría. Así también, las afectaciones a los derechos ambientales y de la naturaleza pueden provocar el desplazamiento de personas e incluso de comunidades enteras.¹¹³

Sin embargo, ha sido mediante el reconocimiento de la libertad de circulación o tránsito entendida como una facultad individual asociada a la voluntad personal que se ha desarrollado la protección a la movilidad. Así, los instrumentos internacionales de derechos humanos no refieren expresamente al derecho a migrar, pero sí reconocen a la libertad de circulación. Esta ha sido consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la siguiente manera:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

¹⁰⁸ Stephen Castles y Mark Miller, *La era de la migración. Movimientos internacionales de la población en el mundo modernos* (Ciudad de México: Universidad Autónoma de Zacatecas y Cámara de Diputados, 2004), 153-168.

¹⁰⁹ Mariana García, *Pensando las migraciones desde el Sur: reflexiones, detalles y estrategia sobre la experiencia migratoria reciente en la región de América del Sur* (Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2011)

¹¹⁰ Claudia Pedone, “Tu siempre jalas a los tuyos. Cadenas y redes migratorias de las familias ecuatorianas hacia España” en, *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*, (Quito: FLACSO- PMCD, 2006) 105.

¹¹¹ Alberto Acosta y otros, “Las remesas y su aporte para la economía ecuatoriana” en Gioconda Herrera y otras, *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*, (Quito: FLACSO- PMCD, 2006) 227.

¹¹² Stephen Castles, “Comprendiendo la migración global: Una perspectiva desde la transformación social” en *Revista Relaciones Internacionales* n.º 14, *Movimientos migratorios en el mundo. Lecturas alternativas y complementarias a los enfoques de seguridad y desarrollo*, (Ciudad de México: GERI-UAM, 2010), 141-169.

¹¹³ Una recomendable revisión sobre investigaciones acerca de migraciones ambientales puede encontrarse en https://migrationdataportal.org/es/themes/environmental_migration.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.¹¹⁴

Posteriormente, con algunas variaciones la libertad de circulación ha sido reconocida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 12 y 13¹¹⁵, en la Convención sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en el art. 22¹¹⁶ y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos también en su art. 22.¹¹⁷ A partir de este reconocimiento los diferentes órganos, tanto del sistema de Naciones Unidas como del sistema interamericano de Derechos Humanos han desarrollado estándares respecto al ejercicio de este derecho a través de la jurisprudencia y otros instrumentos internacionales.

En tanto que, la Constitución ecuatoriana reconoce la libertad de tránsito dentro del acápite que agrupa a los derechos de libertad en el art. 66 núm. 14 y también el derecho a migrar, dentro del acápite correspondiente a los derechos de los grupos de atención prioritaria. El art.40 reconoce este derecho de la siguiente manera: “se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria”.¹¹⁸

No se trata de dos derechos constitucionales divergentes. El derecho a migrar apunta a una comprensión integral y contextualizada de la movilidad humana que requiere como un mínimo esencial el ejercicio de la libertad de circulación. Esto quiere decir, que la Constitución no se limita a la protección de la libertad de movimiento como un derecho clásicamente catalogado como “civil y político”, sino que, al reconocer el derecho a migrar atiende a las circunstancias de desigualdad e injusticia globalizada que son su causa, efecto y elemento transversal en el origen, tránsito, destino y retorno de la movilidad. De tal manera que, las obligaciones del Estado abarcan estas circunstancias en su integralidad, tal como se profundizará más adelante.

Si bien, existen precedentes de reconocimiento del derecho a migrar en leyes de otros países, únicamente en el Ecuador se lo ha reconocido como un derecho con rango

¹¹⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, art. 13.

¹¹⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 10 de diciembre de 1966, arts. 12 y 13.

¹¹⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*, 18 de diciembre de 1998, arts. 12 y 13.

¹¹⁷ Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 22.

¹¹⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 40.

constitucional. Por ejemplo, la Ley de Migraciones de Argentina, vigente desde el año 2004, establece que “el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”.¹¹⁹ Posteriormente, en enero de 2008 entró en vigencia la Ley de Migración de Uruguay, la cual inicia con el siguiente artículo:

El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia, así como a la igualdad de derechos con los nacionales, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.¹²⁰

Y aunque otros países de la región como Brasil, Perú y Bolivia han reformado sus legislaciones migratorias con posterioridad, en ninguna de ellas se ha reconocido expresamente el derecho a migrar. No obstante, estos países también se asumen como Estados de origen, tránsito y de destino y también consideran las situaciones de desventaja en las que se encuentran las personas en movilidad humana, razón por la cual han incluido garantías para la protección de sus derechos.¹²¹

Es importante dejar sentado que el derecho a migrar, es fruto de la reivindicación que tiene lugar principalmente en la segunda mitad del siglo XX, en el marco de la intensificación de la movilidad humana a nivel global, en el cual, se visibilizan las personas en movilidad como sujetos que exigen el reconocimiento de sus derechos que no se reducen únicamente a la libertad de circulación.

En suma, el derecho a migrar es la alternativa —muchas veces urgente y única— de trasladarse individual o colectivamente a un lugar diferente al habitual dentro del territorio estatal o hacia otro Estado, y que tiene lugar ante factores circunstanciales estructurales propios de las desigualdades globalizadas que imposibilitan o vulneran el ejercicio de derechos necesarios para una vida digna.

Titulares del derecho a migrar

¹¹⁹ Argentina, “Ley de Migraciones No. 25.871”, 20 de enero de 2004, art. 4.

¹²⁰ Uruguay, “Ley de Migración No. 18.250”, 17 de enero de 2008, art. 1.

¹²¹ Bolivia emitió la Ley de Migración No. 370 de 8 de mayo de 2013; Perú emitió el 7 de enero de 2017 el Decreto Legislativo de Migraciones y Brasil emitió la Ley de Migración No. 13445 de 24 de mayo de 2017.

Siguiendo con el análisis de la estructura del derecho a migrar, corresponde ahora profundizar sobre los sujetos o titulares. De conformidad con el art. 40 de la Constitución, el derecho a migrar es reconocido a todas las personas, de ahí que las distintas situaciones en las que se ejerce ponen en evidencia la diversidad de personas y colectivos que abarca la movilidad humana.

A fin de examinar dicha diversidad, es importante iniciar por la distinción tradicional que tiene como parámetro la voluntariedad y distingue entre migraciones forzadas y voluntarias. Dentro de las primeras se encuentran quienes se movilizan como efecto de traslados involuntarios, quienes huyen para salvar su vida, libertad o integridad personal y quienes frente a restricciones a derechos deben migrar.¹²² En tanto que, las migraciones voluntarias comprende a quienes deciden su movilidad sin que medie factores que coaccionen su voluntad. En este grupo la motivación puede estar vinculada al turismo o negocios u otros factores no expulsores.

En tanto que, dentro de las denominadas migraciones forzadas, se han desarrollado construcción marcos internacionales de protección de derechos paralelos cuyo efecto ha sido el tratamiento desigual. Por una parte, la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y otros instrumentos regionales como la Declaración de Cartagena de 1984, destinados a la protección internacional de quienes bajo las definiciones de estos instrumentos deben ser considerados como refugiados

Y, por otra parte, la protección de los denominados migrantes económicos que derivó en la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en 1990, la cual, no ha sido ratificada por los principales países receptores de migración a nivel mundial. Si bien significó el reconocimiento de derechos y la imposición de límites a los Estados frente a quienes se encuentran en condición migratoria irregular, a la vez, se admite un tratamiento diferenciado en el ejercicio de derechos.

Como señala Gardenia Chávez, la idea de la migración se ha reducido a la búsqueda de oportunidades de trabajo, razón por la cual, las personas migrantes son vistas únicamente desde la perspectiva de los derechos laborales.

La producción de conocimiento —de manera particular en Latinoamérica—, respecto de la migración, los inmigrantes y los distintos aspectos relacionados, ha comprendido desde enfoques económicos y estructurales hasta enfoques holísticos; todos ellos centrados en el sujeto

¹²² Lelio Mármora, *Las políticas de migraciones internacionales*, (Buenos Aires: Paidós, 2002), 94.

que migra, el inmigrante en su condición de fuerza laboral, por tanto, restringido como sujeto trabajador.¹²³

Sin embargo, los múltiples factores de expulsión que intervienen en los flujos migratorios han tornado cada vez más difícil realizar una distinción tan tajante, pues más allá de la discusión conceptual entre quién es *refugiado* o *migrante*, la realidad obliga a la generación de marcos de protección que garanticen los derechos de las personas que se han visto forzadas a abandonar los lugares que habitaban. Si bien, es adecuado considerar los factores que forzaron la movilidad, esto no debe servir para encasillar a la persona bajo un concepto que le permita o restrinja el ejercicio de ciertos derechos, sino para adoptar las medidas más pertinentes para su protección. Esto plantea también el desafío de superar desigualdades en el ejercicio de derechos que puede provocar esta distinción.

Otra forma de distinción, ha sido atendiendo la dirección del flujo migratorio. Así, desde la perspectiva del lugar o Estado, se denomina como personas *emigrantes*, a quienes parten desde el Estado de emisor hacia otro país; personas *inmigrantes* cuando llegan al Estado receptor y personas *retornadas* cuando vuelven hacia el Estado de origen. Esta distinción es relevante en función de las obligaciones que debe cumplir el Estado para la protección de derechos dependiendo, si su rol es receptor, emisor o de retorno, como se profundizará en el acápite siguiente.

Sin embargo, las personas ejercen el derecho a migrar no solamente al cruzar una frontera internacional. Si bien este ha sido el aspecto más evidente de la movilidad humana, el movimiento que existe dentro del territorio de los Estados, por ejemplo, de zonas rurales hacia zonas urbanas, también involucra el ejercicio de este derecho y conlleva obligaciones estatales para su protección. Como señala Ermanno Vitale

La migración interna, por el contrario, aun pudiendo ser muy dolorosa y trágica, no recibe la misma atención, tal vez porque no pone al legislador frente al problema del extranjero, del enemigo interno potencial que podría ser causa de disturbios de orden público y del menoscabo de la seguridad.¹²⁴

Las migraciones internas provocadas por factores similares, sino los mismos que provocan la movilidad internacional reflejan en las dinámicas desiguales entre centros y

¹²³ Gardenia Chávez Núñez, “Derechos humanos y políticas migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005”. Quito, 2006, 124 p. Tesis (Maestría en Estudios Latinoamericanos. Mención en Políticas Culturales). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

¹²⁴ Ermanno Vitale, *Ius Migrandi*, (España: Editorial Melusina, 2004), 17.

periferias internas de los Estados. Dentro de la movilidad interna se ha desarrollado directrices especiales para

Las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.¹²⁵

Además de estos criterios, se debe observar que el derecho a migrar no se ejerce solamente de manera individual, sino que también se lo ejerce colectivamente. Las travesías de núcleos familiares, familias ampliadas, las estrategias migratorias que inician por un miembro de la familia para luego reunificarse, e incluso la interrelación de quienes migran con las comunidades de origen o con las organizaciones de migrantes, evidencian que el derecho a migrar tiene como titulares no solamente a personas individuales, sino que puede ejercerse colectivamente con miembros de una misma familia o una comunidad.

A estos criterios, debe añadirse una mirada interseccional que evidencia las diferencias de índole sexogenéricas, de edad, étnica, cultural, discapacidad, condición socioeconómica y otras que se concreta en la realidad de las personas en movilidad humana.¹²⁶ Esta diversidad no se subsume bajo el término desgastado *el migrante*, sino que por el contrario, visibiliza realidades que no pueden ser asimiladas bajo una generalidad ni por políticas homogenizadoras. Las dinámicas de la movilidad humana, independientemente de las causas que las provocan, del cruce o no de fronteras internacionales o de la dirección, se concretan en experiencias migratorias diferenciadas, con circunstancias que las caracterizan y que hacen que las normas y políticas relativas a la movilidad humana afecten de manera diferente en el ejercicio de los derechos y los proyectos de vida personales o comunitarios.

En suma, los sujetos del derecho a migrar son todas las personas, pero desde la pluralidad de sus identidades y condiciones individuales y colectivas. De esta manera, el ejercicio del derecho a migrar no es una abstracción jurídica, sino que se sitúa en realidades concretas que forman parte de las distintas dinámicas en las que se expresa la movilidad humana.

¹²⁵ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Principios rectores de los desplazamientos internos*, 1998, párr.2.

¹²⁶ Javier Arcentales Illescas, *Constitución, movilidad humana y diversidades*, en Claudia Storini, “Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos. Construcciones desde las diversidades” (Quito: UASB- Ecuador – Corporación Editora Nacional, 2017), 111.

Obligaciones estatales para garantizar el derecho a migrar

Siguiendo con el análisis del derecho a migrar, corresponde detenerse sobre las obligaciones estatales que implica su reconocimiento constitucional. Estas obligaciones son de carácter positivo y negativo, es decir, de hacer y no hacer, que deben ser cumplidas o exigidas cuando se incumplan. Desde la teoría de los derechos humanos, se han establecido cuatro tipos de obligaciones generales que los Estados deben cumplir para hacer efectivos los derechos: respetar, proteger, garantizar y promover.

Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso o goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injerir, obstaculicen o impidan el acceso a estos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no pueda hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares de derecho accedan al bien.¹²⁷

Además, desde el enfoque de derechos humanos estas obligaciones deben observar el principio de igualdad y no discriminación, el principio de progresividad y la obligación de no regresividad y el principio pro derechos o *pro ser humano*.¹²⁸

A continuación, se analizan estas obligaciones en función del derecho a migrar con base en los parámetros constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. El análisis de estas obligaciones se organiza según el rol del Estado como país de origen, tránsito, destino o retorno.¹²⁹

Obligaciones para garantizar el derecho a migrar como país de origen

En este grupo de obligaciones estatales, se observa como punto de partida el deber de asegurar que no existan factores que provoquen movilizaciones forzadas, es decir, erradicar las condiciones que obliguen a emigrar. Esto significa garantizar derechos humanos de modo tal que, la movilidad humana no ocurra como consecuencia de la limitación o la restricción de otros derechos humanos que imposibilita la vida digna de las personas en lugar de origen o residencia habitual.

¹²⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, (Madrid: Trota, 2004), 29.

¹²⁸ Estos principios han sido reconocidos también en el art. 11 de la CRE.

¹²⁹ La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares en su art. 6 señala: “2. La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.”

Debido a la característica de interdependencia de los derechos humanos la vulneración de uno de ellos acarrea, a su vez, la afectación a otros y probablemente genere flujos migratorios a causa de falencias estructurales en la protección de los derechos. Así, por ejemplo, en situaciones de violencia, sea por conflictos armados internos o guerras, no solamente son la vida, libertad o integridad los derechos que se ven afectados, sino que, como consecuencia de ello, la posibilidad de ejercer el derecho, al trabajo, la salud, la vivienda o la educación se pueden ver seriamente afectadas.

Ocurre también que, ante la falta de garantías para un nivel de vida digno, que implica el ejercicio del derecho al trabajo, la educación, vivienda, salud, derechos culturales u otros, devienen formas de violencia que ponen en riesgo la integridad y la vida, lo cual, deriva en la migración forzada. Situaciones similares ocurren cuando otros derechos como los de la naturaleza, medio ambiente, al territorio ancestral de pueblos indígenas o afrodescendientes, son afectados por formas de extractivismo provocando desplazamiento forzado.

Cuando existe la ausencia de normativas y políticas públicas que aseguren el ejercicio de derechos o cuando estas los violentan, la alternativa de ejercer el derecho para buscar una vida digna puede ser la única estrategia. Por este motivo, algunos autores, entre ellos Lelio Mármora, hablan de la obligación estatal de erradicación de los factores que provocan la migración como el *derecho a no migrar*.¹³⁰

Esta denominación no resulta adecuada, por una parte, porque es un término que incorpora la negación de la facultad humana de moverse. Y por parte, porque no contempla que, aun cuando se cumpla con un nivel adecuado de garantía de derechos, la posibilidad de migrar no puede ser impedida, pues implicaría la limitación de la dimensión esencial de la libertad de circulación. Dicha limitación, es funcional a las políticas restrictivas de los principales países receptores de la migración a nivel mundial que buscan detener los flujos migratorios.

Por otra parte, dentro de este grupo de obligaciones estatales, el derecho a migrar comprende también el deber de no obstaculizar o imponer restricciones innecesarias que dificulten el traslado de las personas, sea dentro del territorio nacional o fuera de este. Esta obligación de carácter negativo, por su naturaleza, es el contenido esencial de la libertad de circulación o tránsito.

¹³⁰ Lelio Mármora, *Las políticas de migraciones internacionales*, (Buenos Aires: Paidós, 2002), 111.

A su vez, los instrumentos internacionales de derechos humanos han reconocido como parte de la libertad de tránsito varias obligaciones que deben ser respetadas por los Estados, dentro de las cuales se encuentra la facultad de toda persona, sea nacional o no, de salir de cualquier país, incluso del propio.¹³¹ Esta facultad solo podría ser impedida por orden judicial y de acuerdo a las causas previstas legalmente.¹³² La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la medida destinada a restringir la salida del país debe cumplir con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad. En este sentido, la Corte ha determinado la obligación de que el Estado:

1. Defina de manera precisa y clara, mediante una ley, los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país; y
2. Asegure que, una vez y cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, tal regulación carece de ambigüedad. Según la Corte, la regulación será clara cuando no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción, situación que permitiría que actúen de manera arbitraria y discrecional, particularmente cuando se trata de medidas que afectan severamente derechos fundamentales, como la libertad.¹³³

Por su parte, la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho a “entrar y salir libremente del país”,¹³⁴ lo cual, tiene efectos no sólo en las obligaciones como país de origen sino también como país de destino de la migración como se analizará más adelante. Para tal efecto, el texto constitucional remite el ejercicio de este derecho a la ley y señala además expresamente que “La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente”.¹³⁵

Dentro de las obligaciones como país de origen se encuentra también asegurar que la salida de las personas ocurra en condiciones dignas, y para ello se deben garantizar aspectos esenciales como la accesibilidad a documentación de viaje¹³⁶ y/o de identidad de calidad y a costos razonables, contar con infraestructura adecuada para transporte terrestre, aéreo y marítimo y para quienes prestan estos servicios.

¹³¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12.2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22.2

¹³² La Convención sobre los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en su art. 8 .1 matizó su alcance estableciendo lo siguiente: “Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención”

¹³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares Interamericanos sobre Movilidad Humana*, Washington, 31 de diciembre de 2015, párr.260.

¹³⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66 núm. 14.

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ CIDH, Resolución No. 18/83, Caso 2.711, Juan Raúl Ferreira (Uruguay), 30 de junio de 1983, párr. 4 (considerando).

El derecho a migrar solo es posible en condiciones seguras para quienes lo ejercen. Entonces, el Estado tiene la obligación de evitar que terceros afecten la seguridad, integridad o la vida de las personas que ejercen este derecho y si existiera tal afectación investigar y sancionar a los responsables y reparar a las víctimas. Esta obligación se concreta principalmente en la prevención del tráfico ilícito de migrantes¹³⁷, la trata de personas, estafas, falsificación de documentos, extorsiones u otros delitos que pueden ocurrir durante el ejercicio del derecho a migrar.

Al respecto, se han desarrollado instrumentos internacionales específicos como el Protocolo de Naciones Unidas Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños y el Protocolo de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, ambos adoptados como complemento de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Y en concordancia con esta normativa internacional, la Constitución ecuatoriana como parte de la protección a la libertad incluyó la prohibición de la trata de personas y el tráfico de seres humanos, y establece que “El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad”.¹³⁸ Esta obligación de protección a las personas que ejercen el derecho a migrar frente a la afectación de terceros, no solamente asume el Estado como un país de origen, sino que es transversal como país de tránsito, de destino y retorno de la migración.¹³⁹

Así también, dentro de las obligaciones que tiene el Estado como país de origen se encuentra la protección extraterritorial a las personas nacionales en el exterior. Este es un aporte de gran importancia que introdujo la Constitución ecuatoriana y que se expresa en diferentes disposiciones que tienen por objeto la protección de derechos en los países de tránsito y destino de la migración ecuatoriana a través de la institucionalidad estatal en el exterior y en el ámbito que permite su jurisdicción.

¹³⁷ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 021-13-DTI-CC, Caso No. 0001-12-TI, Dictamen de constitucionalidad sobre Memorando de entendimiento entre la República de Ecuador y la República de Guatemala sobre el combate al Tráfico de Migrantes y protección de víctimas, 17 de julio de 2013.

¹³⁸ *Ibíd.*, art. 66 núm. 29.b.

¹³⁹ Por su parte, la Comisión estima necesario recalcar que los Estados, en su posición de garantes de los derechos humanos, tienen respecto de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción la obligación jurídica de prevenir que se produzcan violaciones a los derechos humanos que serían evitables. Cuando el Estado incumple esa obligación, y con ello se genera una violación a los derechos humanos que podría haber sido prevenida, abandona su posición de garante

En estas normas constitucionales se incluyen lineamientos específicos que deben seguir las políticas de protección. También el reconocimiento de derechos de participación política y seguridad social como formas de mantener el vínculo con quienes han emigrado. Así, en el art. 40, dispone que el Estado debe ofrecer asistencia a quienes han migrado y a sus familias, a ofrecer atención y asesoría, precautelar los derechos de las personas privadas de libertad en el exterior, promover los vínculos con el Ecuador y facilitar la reunificación familiar, mantener la confidencialidad y proteger a las familias transnacionales.¹⁴⁰

Este contenido de la Constitución ecuatoriana no se limita a la protección de las personas en movilidad humana dentro del territorio nacional, sino que trasciende este elemento para proteger a los nacionales que se encuentren en otros países. Dicha protección no solamente se refiere a la encargada al servicio exterior a través de embajadas y consulados, sino a la generación de políticas e institucionalidad para tal efecto, adaptadas a las dinámicas de las familias transnacionales y priorizando las condiciones de mayor riesgo de la población migrante en el exterior.

Llama la atención que además del servicio exterior, también se disponga que la Defensoría del Pueblo tenga delegaciones en el exterior.¹⁴¹ Si bien se entiende el ánimo de protección que inspiró esta disposición, en la práctica ha resultado una tarea difícil para los órganos estatales resolver los conflictos que genera con la compatibilidad de esta norma con las regulaciones de las jurisdicciones de los países receptores.

Atendiendo el objetivo de protección extraterritorial a las personas emigrantes, las normas constitucionales sobre las relaciones internacionales incluyen principios como el de la ciudadanía universal, la libre movilidad, el fin de la condición de extranjero y el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes.¹⁴² Estableciendo así, la obligatoriedad de protección de derechos de las personas migrantes que debe ser asumida por el Estado ecuatoriano en sus relaciones internacionales y que no se circunscribe al territorio estatal, sino que debe materializarse en los países de destino a través de la institucionalidad prevista para el efecto.

Además, estas normas constitucionales establecen una posición clara del Estado ecuatoriano frente a tratados internacionales, bilaterales o multilaterales que puedan ser lesivos

¹⁴⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 40.

¹⁴¹ *Ibíd.*, art. 214.

¹⁴² *Ibíd.*, art. 416 núm. 6 y 7.

a los derechos de las personas en movilidad humana, de los cuales, bajo ningún concepto podrían ser signatario.

Finalmente, es importante observar también que este conjunto de obligaciones estatales ratifica que la Constitución ecuatoriana se aparta de la concepción clásica de soberanía, pues promueve y refuerza los mecanismos institucionales de protección a las personas nacionales más allá de las fronteras del territorio del Estado. Esto no significa el irrespeto a las jurisdicciones de otros Estados, sino el cumplimiento de obligaciones de protección del Ecuador con las personas emigrantes y a la vez un resguardo frente a políticas o prácticas lesivas a los derechos que pueden ser implementadas por los países receptores.

Obligaciones para garantizar el derecho a migrar como país de destino.

Estas obligaciones están directamente relacionadas con el tratamiento jurídico y político de las personas de otras nacionalidades y se concretan básicamente en tres momentos el ingreso, la permanencia y la salida. Las regulaciones jurídicas de estos tres momentos se han sustentado en la concepción tradicional de soberanía y por tanto, es el ámbito en que los derechos han resultado más comprometidos. Con este antecedente corresponde analizar estas obligaciones a luz de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En cuanto al ingreso al territorio de otro Estado, como se indicó en líneas anteriores, los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen el derecho a salir de un país, pero no reconocen el derecho a ingresar a otro que no sea el país de origen. Sin embargo, la Constitución ecuatoriana establece parámetros de mayor garantía de este derecho, pues reconoce a todas las personas el derecho a migrar,¹⁴³ sin distinción por el origen nacional. Esto supone tanto a personas ecuatorianas como para quienes no lo son.

En concordancia con el reconocimiento del derecho a migrar, la libertad de tránsito y circulación, según la norma constitucional comprende “el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país”.¹⁴⁴

De esta manera, se establece un nivel de protección constitucional más amplio que el contemplado por los instrumentos internacionales. La regla general es el ingreso como parte del ejercicio del derecho reconocido, y la excepción, es la restricción que deber ser legalmente establecida y justificada. Esto no necesariamente implica la eliminación de los puntos de control migratorio en frontera, puertos y aeropuertos, sino una modificación sustancial en cómo se

¹⁴³ *Ibíd.*, art.40.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, art. 66. núm. 14. El énfasis me pertenece.

asume y efectúa dicho control. Debe prevalecer el reconocimiento como sujetos de derechos de todas las personas en movilidad humana, frente a la usual concepción que los asume como objetos de control.

En este sentido se han desarrollado estándares internacionales específicos respecto de la protección de derechos en fronteras, los cuáles, con mayor razón son aplicables en el contexto ecuatoriano. La Corte IDH en la sentencia del Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, señaló lo siguiente:

En materia migratoria, la Corte ha señalado que en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. Es decir, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.¹⁴⁵

Por su parte, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos desarrolló los *Principios y Directrices sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales* en los cuales se reafirma la supremacía de los derechos humanos y se desarrollan aspectos claves que incluye limitaciones al rechazo en frontera que puede incurrir en discriminación o incluso la vulneración del principio de no devolución.¹⁴⁶

Entonces, aunque los instrumentos internacionales de derechos humanos no hayan reconocido expresamente el derecho al ingreso a un territorio, como sí lo ha hecho la Constitución ecuatoriana, tampoco quiere decir que esta sea una potestad arbitraria y desregulada de los Estados. La normativa internacional sobre niños, niñas y adolescentes

¹⁴⁵ Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 350

¹⁴⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios y Directrices sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales*, (Ginebra: ACNUD, 2018)

migrantes,¹⁴⁷ habitantes de frontera,¹⁴⁸ personas refugiadas,¹⁴⁹ víctimas de tortura¹⁵⁰ y pueblos indígenas han establecido excepciones a posibles rechazos en frontera que pueden significar el empeoramiento de las condiciones de vida de estas poblaciones. En el caso de pueblos indígenas cuyos territorios ancestrales se encuentran atravesados por fronteras internacionales, de igual manera, se establecen formas de flexibilización en el ingreso que no restrinjan la circulación en su territorio.¹⁵¹

Al respecto, es importante tomar en cuenta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Resolución sobre Migración Forzada de Personas Venezolanas hizo un llamado a los Estados de la región a fin de:

No criminalizar la migración de personas venezolanas, para lo cual deben abstenerse de adoptar medidas tales como el cierre de fronteras, la penalización por ingreso o presencia irregular, la necesidad de presentar un pasaporte para obtener ayuda y protección internacional, la detención migratoria; y discursos de odio.¹⁵²

El razonamiento de la CIDH, respecto de la posibilidad al ingreso a los territorios, advierte que su impedimento en el contexto de la migración forzada de la población venezolana puede ser una forma de criminalizar la migración.

El segundo grupo obligaciones del Estado como receptor de migración, son las relativas a la permanencia de las personas inmigrantes dentro del territorio. Estas obligaciones refieren a las condiciones, no sólo jurídicas, de las personas de otras nacionalidades durante la permanencia en el territorio ecuatoriano.

En el primer capítulo, al abordar la relación entre soberanía y la movilidad humana se señaló que los Estados a través de la normativa y la política migratoria definen las condiciones

¹⁴⁷ Corte IDH, *Opinión Consultiva 24-14 sobre Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la Migración y/o en necesidad de Protección Internacional*, San José, 19 de agosto de 2014, y Comité de Naciones Unidas para la protección de los Derechos del Niño y Comité de Naciones Unidas para la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*, Ginebra, 16 de noviembre de 2017.

¹⁴⁸ Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*, 2000, art. 58.

¹⁴⁹ Naciones Unidas, *Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1951 arts. 12 y 33.

¹⁵⁰ Naciones Unidas, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 1984, art. 3.

¹⁵¹ Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 13 de septiembre de 2007, art. 36, y Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 de la OIT*, 2014, art. 32.

¹⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 2-18 sobre Migración Forzada de Personas Venezolanas, Bogotá 2 de marzo de 2018, párr. 11.

para el ingreso, la permanencia y la salida de sus territorios y que esto determina la regularidad o irregularidad migratoria. Este aspecto ha sido el punto de quiebre en los debates sobre normas y políticas migratorias, pues se ha convertido en un parámetro que determina la posibilidad o imposibilidad de ejercer derechos.

Frente a ello, uno de los efectos del reconocimiento constitucional del derecho a migrar es el sometimiento de toda decisión y acción estatal respecto de la posibilidad de ingreso al territorio nacional al marco normativo y a los principios de aplicación de los derechos, con mayor razón aquellas acciones u omisiones que determinen la permanencia regular o irregular en el territorio nacional. Bajo ninguna circunstancia pueden ser fruto de la arbitrariedad emanada de la decisión irrazonable e injustificada de una autoridad pública, sin importar su jerarquía.

Una primera obligación, es la sujeción al principio de legalidad y al debido proceso. Las decisiones que afecten la permanencia regular de una persona en el país, es decir, la concesión, la cancelación, la revocatoria u otros actos del poder estatal que impliquen la modificación de condición migratoria deben observar estrictamente los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico nacional en particular el derecho al debido proceso reconocidas en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución.

Además, estos procedimientos al viabilizar el ejercicio del derecho a migrar deben ser reglados mediante normas con rango de ley conforme lo dispone el num. 2 del artículo 133 que establece que el ejercicio de los derechos y de las garantías deben ser reguladas mediante leyes orgánicas. En el desarrollo de estas leyes, a su vez, se debe observar los parámetros constitucionales y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos al establecer los procedimientos relacionados con la condición migratoria de una persona.

Garantizar el derecho a migrar incluye también la obligación del Estado de promover las condiciones de mayor accesibilidad a la permanencia regular, lo cual tiene como correlato abstenerse de obstaculizar su acceso a través de la exigencia de documentos o pagos de tasas que resulten inalcanzables.

Así, el incremento de personas en condición migratoria irregular desafía a la política migratoria y obliga a reformular los parámetros de accesibilidad a las vías de regularidad a partir del conocimiento y adaptabilidad a las dinámicas sociales, económicas y culturales que configuran los flujos migratorios. Es decir, se impone al Estado la responsabilidad de adoptar medidas para que quienes se encuentran en tal situación la puedan subsanar y prevenir que otras

se vean avocadas a ella.¹⁵³ Por el contrario, asumir que las personas deben adecuarse a supuestos inalcanzables fomenta redes de corrupción y estafas que se aprovechan de la urgencia por obtener la condición regular y evitar las sanciones.

Siguiendo este razonamiento, es necesario deconstruir las jerarquías que se derivan de las categorías de visados que son comunes en la normativa migratoria. Estas categorías usualmente se definen en función del tiempo de permanencia y de la actividad a realizar. Si bien, la temporalidad no ha significado mayor discusión, pues en efecto una persona podría permanecer temporal o definitivamente en un Estado, no obstante, la definición de visados en función de las actividades produce una clasificación socioeconómica que es cuestionable.

Lo dicho tiene lugar principalmente en la exigencia de requisitos para corroborar la actividad a realizar, por una parte y por otra, demostrar solvencia económica, más el pago de la tasa correspondiente a la visa y adicionalmente otros valores necesarios para la obtención de la documentación. De este modo, los sistemas de visados son mecanismos jurídicos que se sustentan en la selectividad de la movilidad humana y en la aporofobia, pues directa o indirectamente, mediante estos requisitos se rechaza a quienes no cuentan con los recursos económicos que el Estado receptor estipula. En definitiva, quienes poseen mayores recursos económicos son quienes tienen mayores posibilidades de regularizar la permanencia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que

No se puede restringir el derecho a migrar de todas las personas por el requerimiento de documentos burocráticos que no cumplen con el objetivo para el cual fueron creados o ¿es acaso que el récord policial o certificado de antecedentes penales garantizan el buen desempeño de un trabajador migratorio? Esta Corte considera que no.¹⁵⁴

Entonces, el derecho a migrar se ejerce en condiciones desiguales que se reproducen en la normativa que establece los parámetros para la regularización.

Sin embargo, acceder a la permanencia regular no implica necesariamente el ejercicio pleno de derechos, pues adicionalmente, a este tipo de limitaciones vinculadas a las formas de regularización migratoria, se suman también otros factores de hecho, como la xenofobia, la aporofobia y otras formas de discriminación que se reproducen en las prácticas sociales e impactan de manera negativa en la permanencia.

¹⁵³ Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen No. 042-10-DTI-CC, Caso No. 0036-10-TI, Dictamen sobre el Estatuto migratorio entre la República del Ecuador y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, suscrito en la ciudad de Caracas, el 06 de julio del 2010, 25 de noviembre de 2010.

¹⁵⁴ Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen No. 0011-09-DTI-CC, Caso No. 0005-09-TI, Dictamen de constitucionalidad sobre el Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano, 08 de octubre de 2009.

De esta manera, el derecho a migrar en relación a la permanencia, también supone la obligación de asegurar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación. Esto quiere decir, eliminar todas aquellas distinciones injustificadas en el trato entre personas nacionales y de otros países que tengan como consecuencia la restricción en el ejercicio de derechos a fin de evitar vulneraciones y posibilitar la integración durante la permanencia.

Esta obligación, debe entenderse como el punto de coincidencia entre el principio de igualdad y no discriminación con el derecho a migrar, que tiene por objetivo reducir al mínimo el trato diferenciado en función de la nacionalidad y la condición migratoria. Lo dicho, tiene su fundamento con lo señalado por la Corte IDH, la cual, estableció “Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas”.¹⁵⁵

La condición migratoria también incorporada en la Constitución ecuatoriana como una categoría protegida frente a la discriminación dentro de la norma que establece el principio de igualdad y prohíbe la discriminación, conjuntamente con otras categorías como el lugar de nacimiento y el pasado judicial,¹⁵⁶ que suelen ser recurrentes en el trato diferenciado a personas de otro origen nacional.¹⁵⁷ De esta manera, la permanencia no solo tiene una dimensión formal relacionada con la regularidad, sino que comprende también una sustancial vinculada con el ejercicio de derechos en términos de igualdad formal y material.

Finalmente, se encuentran las obligaciones relacionadas con la *salida* de personas de otras nacionalidades del territorio ecuatoriano. En principio, el Estado tiene la obligación de permitir la salida voluntaria de cualquier persona, sin importar la nacionalidad, salvo que exista una orden judicial que expresamente lo restrinja, como se ha dicho en el acápite anterior.

No obstante, en relación a las personas de otras nacionalidades que se encuentran en otro territorio, los Estados contemplan la posibilidad de expulsión. Esto, sin duda, marca una diferencia sustancial en el ejercicio del derecho a migrar entre quienes son nacionales y quienes no lo son. Esta potestad es considerada como parte del ejercicio de soberanía de los Estados.

¹⁵⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva No. 18 sobre la Condición Jurídica de los Migrantes Indocumentados, San José, 17 de septiembre de 2003, Conclusión 6.

¹⁵⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador.*, art. 9 y art. 11.

¹⁵⁷ En el texto constitucional se observan algunas limitaciones expresas para personas de otras nacionalidades. Así, en el ámbito de los derechos políticos, el ejercicio del voto para quienes tienen cinco años de residencia en el país y el acceso a cargos de elección popular (art. 63); y, por otra parte, limita la adquisición de propiedades dentro de las zonas definidas como de seguridad para personas que no sean de nacionalidad ecuatoriana. (art. 405).

La expulsión de personas del territorio nacional es la decisión más gravosa que el Estado puede adoptar en el ámbito de la movilidad humana, pues supone una forma de retorno contrario a la voluntad a través de medios de coacción física y que trunca de manera violenta el proyecto migratorio. Por este motivo, suelen producirse vulneraciones de derechos, en especial, a la libertad personal e integridad pues los procedimientos de expulsión incluyen la detención usualmente indefinida y serias limitaciones en las garantías del debido proceso, en particular a la defensa, a recurrir de la decisión, el conocimiento por parte de autoridades competentes, entre otros elementos.

Pero es importante insistir en que la soberanía no implica ausencia de regulaciones. Por tanto, aun cuando se ha contemplado la posibilidad de expulsión y al ser una medida que impacta de manera radical en el proyecto de vida de las personas, esta decisión debe someterse de manera estricta a los parámetros constitucionales y a los determinados por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Estos parámetros han desarrollado claras limitaciones y regulaciones a la potestad de expulsión. Una de estas limitaciones es su carácter excepcional y de *última ratio*¹⁵⁸ frente a la irregularidad migratoria, es decir, considerando que es una medida drástica, no puede ser una opción inmediata ante la irregularidad migratoria, pues previamente se deben contemplar vías para subsanar esta condición y formas menos gravosas que conminen a la regularización.

La Corte Constitucional del Ecuador estableció frente a la deportación otros parámetros específicos que limitan esta potestad. En este sentido, señaló que bajo ningún concepto cabe detención o privación de libertad por condición migratoria, es decir, que frente a la esta condición e incluso en un proceso de expulsión o deportación, no puede existir privación de libertad, ya que esta solo puede ocurrir previa orden judicial.¹⁵⁹

También estableció limitaciones respecto de personas contra quienes no puede proceder la deportación, tales como personas refugiadas, solicitantes de refugio, posibles víctimas de trata, migrantes de larga data, quienes tienen familiares ecuatorianos y otras personas que por su condición no podría iniciarse un proceso de expulsión.¹⁶⁰

Estos parámetros son importantes por cuanto, el reconocimiento del derecho a migrar determina limitaciones adicionales a las desarrolladas por los sistemas internacionales de

¹⁵⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 159-11-JH, Revisión de la sentencia de hábeas corpus sobre detención de migrante de nacionalidad cubana, 26 de noviembre de 2019.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ *Ibíd.*

protección de derechos. Se afirmó al inicio de este acápite que el derecho a migrar se ha construido en el contexto de las desigualdades y vulneraciones en el ejercicio de derechos que obligan salir de los lugares de origen o residencia habitual. Los trayectos hacia los países de destino implican riesgos y costos que amenazan la vida, integridad, libertad y la dignidad de quienes migran, por lo tanto, la decisión de expulsar y devolver al país de origen o residencia habitual en virtud de una falta de administrativa como es la irregularidad migratoria resulta desproporcional considerando los derechos en juego.

Además, el principio de legalidad obliga a establecer en la normativa con rango de ley las causales para ejercer esta potestad. Estas causales, a su vez, deben cumplir con los principios de razonabilidad y proporcionalidad y también, debe establecer el procedimiento individualizado que observe de manera estricta las garantías del debido proceso, incluyendo recursos para la impugnación en vía judicial con efecto suspensivo.

La Constitución ecuatoriana contiene una disposición expresa en relación a la facultad, que abarca el principio de no devolución y también la prohibición de expulsiones colectivas. Esta disposición señala:

Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas.

Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados.¹⁶¹

En suma, el reconocimiento del derecho a migrar vuelve a la potestad estatal de expulsar medida excepcional que debe ser regulada de manera estricta, pues esta decisión podría empeorar el ejercicio de derechos a las personas que han migrado e incluso poner en riesgo su vida, libertad o integridad. Por ello, es una obligación ineludible hacer un análisis estricto e individualizado, que incluso llevaría a comparar las condiciones en el ejercicio de derechos en el país de origen frente a las del país de destino y la condición concreta de la persona, independientemente de su condición irregular.

Obligaciones para garantizar el derecho a migrar como país de tránsito

La población migrante en tránsito atraviesa el territorio de un Estado ubicado en el trayecto hacia su lugar de destino. La CMTF define como país de tránsito “a cualquier Estado

¹⁶¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66 núm. 14.

por el que pase el interesado en un viaje al Estado de empleo o del Estado de empleo al Estado de origen o al Estado de residencia habitual”.¹⁶²

Gran parte de las obligaciones que se han señalado anteriormente respecto de personas de otras nacionalidades son aplicables a la dinámica del tránsito migratorio. Los instrumentos internacionales de derechos humanos usualmente establecen que los derechos serán garantizados por los Estados de “tránsito y destino”. No obstante, existen particularidades que deben ser contempladas y que están relacionadas con los riesgos que puede enfrentar la población que no tiene intención de permanecer en el territorio, sino por el contrario de atravesarlo brevemente.

La Constitución ecuatoriana hace mención expresa de los países en tránsito que en el acápite referente a las relaciones internacionales en el que proclama la “la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio”.¹⁶³

En este ámbito se acentúan las obligaciones de no impedir el ingreso, circulación y salida del territorio nacional, en los términos que se han revisado anteriormente y garantizando que el tiempo de tránsito se lo haga en condiciones de regularidad migratoria. Se debe reforzar también las medidas frente a la afectación del derecho a migrar por parte de terceros, en particular respecto al tráfico de migrantes, la trata de personas, las extorsiones y otros riesgos que se profundizan respecto de la migración en tránsito sea por tierra, mar o aire.

Una obligación particular que surge frente a la población en tránsito está relacionada con la atención de las necesidades humanitarias que se expresa en alimentación, higiene personal, atención en salud, lugares temporales para pernoctar, información sobre regulaciones migratorias para el tránsito, transporte accesible y otras relacionadas con el paso por el territorio.

Obligaciones para garantizar el derecho a migrar como país de retorno

Estas obligaciones están dirigidas a la protección de los derechos de las personas nacionales que han salido de sus países de origen o residencia habitual y luego retornan. Los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.¹⁶⁴ Este derecho también forma parte del Pacto

¹⁶² Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*, art. 6 literal c).

¹⁶³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 423 núm. 5.

¹⁶⁴ Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. 13. 2. El resaltado es mío.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual, lo establece como una limitación a la actuación estatal, de la siguiente manera: “Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”¹⁶⁵

Además, esta protección suele estar de la mano con la prohibición de expulsión de nacionales, tal como lo señala la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”.¹⁶⁶

Sobre este derecho que gira en torno a la libertad de circulación y tránsito, los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado estándares de protección que son sustanciales. En la Constitución ecuatoriana este derecho, por una parte, forma parte de la libertad de circulación que incluye la posibilidad de “entrar” al país, pero, por otra parte en el artículo 40 en el que se reconoce el derecho a migrar, también se dispone que respecto de las personas ecuatorianas en el exterior, el Estado “Promoverá sus vínculos con el Ecuador, facilitará la reunificación familiar y estimulará el retorno voluntario”¹⁶⁷

Como se ha indicado existen varios factores políticos, sociales, económicos y culturales que intervienen en un proceso migratorio y que involucran otras obligaciones estatales en la protección de quienes retornan. De esta manera, la primera obligación es reducir o erradicar los factores que detonaron la migración forzada, en concordancia con las obligaciones que tiene el Estado como país emisor. No obstante, de cara al retorno, se requiere generación de políticas que permitan generar mejores condiciones que las del país de destino y el acompañamiento en los procesos de reintegración, que no son únicamente de carácter económico pues los reencuentros involucran dimensiones sociales, culturales, afectivas a nivel familiar y comunitario.

En relación al retorno forzado, la protección extraterritorial cobra mayor importancia pues a través del servicio exterior, el Estado está obligado a constatar las condiciones de detención, privación de libertad, las condiciones del traslado, el nivel de afectación al principio de reunificación familiar, vigilancia frente a vulneraciones a la integridad física y psicológica que pueden concretarse en formas de tratos humanos y degradantes o incluso torturas y otras afectaciones a derechos.

¹⁶⁵ Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13. 2.

¹⁶⁶ Organización de Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, art. 22 núm. 5

¹⁶⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 40 núm. 4.

El impacto de la deportación sobre la vida personal y familiar es radical y las vulneraciones pueden ser irreparables. Por tanto, la obligación estatal de protección no solo se encuentra relacionada con la verificación de condiciones en los procedimientos en el territorio del país que ejecuta la deportación sino también en la recepción y acompañamiento al arribo de la persona deportada al territorio nacional, el aseguramiento de la reagrupación familiar en territorio, de la asistencia humanitaria de emergencia y el desarrollo de políticas para el ejercicio de derechos que permitan la integración.

Este último aspecto debe también considerarse desde la posición del Ecuador como país receptor, pues si bien se ha hecho referencia a la deportación, que es una forma de retorno forzado, también debe observarse la obligación de respetar la decisión de retornar de manera voluntaria que tienen las personas inmigrantes y posibilitar condiciones seguras y dignas para ello. Lo mismo aplica desde la posición del Ecuador como país de tránsito de flujos migratorios en retorno, es decir, permitir dicho tránsito en condiciones seguras y dignas.

Entonces el reconocimiento constitucional del derecho a migrar, además de las obligaciones asumidas a partir del reconocimiento de la libertad de circulación y tránsito que además ha sido desarrollada por instrumentos internacionales, comprende un entramado articulado de obligaciones estatales que guardan coherencia entre ellas y que se expresan de manera simultánea en el rol de emisor, receptor, tránsito y retorno de la población en movilidad, sea de manera individual como colectiva.

3. La ciudadanía universal

La Constitución ecuatoriana contiene un acápite sobre las relaciones internacionales en el que se incluye un catálogo de principios, entre ellos se encuentra la ciudadanía universal:

Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: [...]

6. Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur.¹⁶⁸

Para quienes se muestran favorables a la idea de ciudadanía universal desde las ciencias sociales, esta debe ser asumida como una propuesta que cuestiona el tratamiento desigual en el

¹⁶⁸ *Ibíd.*, art. 416.

ejercicio de derechos por parte de los Estados a las personas no nacionales. Para Patricia Zamudio,

La propuesta de una ciudadanía universal evidencia la falacia de las visiones contractualistas de la constitución del Estado, las cuales legitiman que se condicione el ejercicio de derechos al cumplimiento de obligaciones y demanda el reconocimiento de todos los derechos para todas las personas en todos los espacios geográficos y sociales en los que se encuentren.¹⁶⁹

La propuesta de la ciudadanía universal partiría desde una mirada global que busca una forma de justicia que no se reduce a las jurisdicciones de los Estados. Propone la noción de ciudadanía como una forma de actoría política de las personas migrantes que trasciende las fronteras. En palabras de Ariadna Estévez: “la ciudadanía universal se desprende de una idea de justicia global que parte de una visión epistemológica “descolonizada” que considere la responsabilidad de los países y que vea a los migrantes como sujetos activos en la transformación de la estructura”.¹⁷⁰

En este orden de ideas, la incorporación de la ciudadanía universal en la Constitución ecuatoriana de 2008 se sitúa dentro de los debates sobre el cosmpolitismo, el cual, crítica la naturaleza excluyente la ciudadanía anclada a la soberanía. Sin embargo, desentrañar el alcance de este principio desde su dimensión constitucional y jurídica es una tarea compleja, pues ha estado fuertemente instrumentalizado por el discurso gubernamental, principalmente en la búsqueda de reconocimiento internacional. Por ejemplo, Jacques Ramírez afirma “la política migratoria del actual gobierno ha sido aplaudida a nivel mundial por los entendidos al ser uno de los pocos países en el mundo, sino es el único, que trata el tema de la movilidad humana bajo el principio de la ciudadanía universal”.¹⁷¹

En efecto, la ciudadanía universal se ha promocionado como un elemento novedoso del discurso político gubernamental que fuera anunciado como “uno de los elementos más potentes y progresistas que se plasmó en la Carta Magna”¹⁷² aun cuando, en la práctica, no sea clara su concreción en las políticas migratorias ni en las prácticas estatales. Como sostiene Ahmed Correa:

¹⁶⁹ Patricia Zamudio, Prologo en *Con o sin pasaporte. Análisis socio-antropológico de la migración ecuatoriana*, (Quito: IAEN, 2014), 15.

¹⁷⁰ Ariadna Estévez, *Migración, Globalización y Derechos Humanos. Construyendo la ciudadanía universal*, (Ciudad de México: UNAM- CISAN, 2008), 24.

¹⁷¹ Jacques Ramírez, *Con o sin pasaporte. Análisis socio-antropológico de la migración ecuatoriana*, (Quito: IAEN, 2014), 47.

¹⁷² Jacques Ramírez G, *La política migratoria en el Ecuador*, (Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2014) 37.

Los principios de libre movilidad y ciudadanía universal, establecidos por los asambleístas de la Constituyente de Montecristi, sin duda alguna marcaron a nivel normativo un acto de especial significación para cualquier experiencia de transformación político-social. Sin embargo, este escenario constitucional altamente atractivo, se ha visto como veremos empañado por una política inmigratoria no explícita, que se sostienen sobre lógicas de seguridad, exclusión y criterios de selección de la población inmigrante¹⁷³

En el mismo sentido concluye Soledad Álvarez Velasco, al sostener que “una de las piedras angulares del proyecto de la revolución ciudadana, *ser un país de libre movilidad y ciudadanía universal*, más allá de su retórica firme, ha sido imposible”¹⁷⁴ En 2008, año en que fue aprobada la Constitución, Daniela Dávalos planteaba estas interrogantes: “El mismo hecho de proclamar la ciudadanía universal es un asunto sin precedentes, pero ¿podemos decir que existen los ciudadanos universales? ¿Podemos hablar de que existirán si solo Ecuador lo proclama como principio en su carta política?”.¹⁷⁵

Transcurrido el tiempo desde la proclamación de la ciudadanía universal en la Constitución ecuatoriana, las respuestas a estas interrogantes no son afirmativas. No obstante, a pesar de su instrumentalización, forma parte del texto constitucional y como tal corresponde analizar su naturaleza y alcance. Así, si nos remitimos a la manera en la que se ha incorporado en el citado acápite de la Constitución, observamos que se trata de un principio y no de una regla con un mandato concreto.

Al respecto es importante comprender que los principios son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”,¹⁷⁶ por lo que se los considera como “mandatos de optimización”.¹⁷⁷ Los principios constitucionales, “proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que pueda estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto”.¹⁷⁸

¹⁷³ Ahmed Correa, *Del Caribe a la Mitad del Mundo. Inserción laboral y producción de espacios. Migración cubana en Ecuador*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2013) 71.

¹⁷⁴ Soledad Álvarez Velasco, *Trespassing the Visible The Production of Ecuador as a Global Space of Transit for Irregularized Migrants Moving Towards the Mexico-U.S. Corridor*, (Tesis Doctoral, Kings College, London, 2019) 345.

¹⁷⁵ Daniela Dávalos, “¿Existe la ciudadanía universal?” en, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 103.

¹⁷⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012) 67.

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, 1997) 109.

Entonces es importante comprender hacia dónde obliga a tomar postura el principio de la ciudadanía. Sin embargo, los términos *ciudadanía* y *universal* que compone este principio no permiten una total claridad para su comprensión. Por el contrario, parecería configurar una contradicción, pues las diversas acepciones del término ciudadanía se encuentran estrechamente vinculadas a lo estatal, es decir, como “vínculo político que une a un individuo con el Estado [...] conjunto de derechos y obligaciones de carácter político [...] nacionalidad.”¹⁷⁹

La ciudadanía por naturaleza establece una suerte de membresía con el Estado, que en efecto provoca relaciones desiguales a causa de los privilegios que gozan quienes acceden a esta, en clara oposición a quienes están impedidos de hacerlo.¹⁸⁰ En la actualidad, como regla general quienes no son nacionales de un Estado están excluidos de la ciudadanía, y por tanto, están limitados en el ejercicio de ciertos derechos, tanto de carácter civil y político, como los derechos de participación, ciertas libertades como la de circulación y tránsito (como se ha revisado en el acápite sobre el derecho a migrar) y también derechos económicos, sociales y culturales como el derecho al trabajo, seguridad social, la educación, la salud, la vivienda, por nombrar aquellos más evidentes.

De esta manera, la idea de universalidad, entendida como algo extensible a todas las personas del mundo,¹⁸¹ resulta opuesta a la comunidad segmentada que limita la ciudadanía reconocida por un Estado en concreto. Para alcanzar la universalidad se requeriría un Estado global al cual se ancle un cierto tipo de ciudadanía. Sin embargo, no haría sentido que la Constitución de un país propenda a la creación de un supra estado.

Frente a este escenario contradictorio y con la finalidad de identificar la posición que este principio constitucional obliga a tomar, se debe aplicar una forma de interpretación sistémica que atienda a la coherencia con el conjunto de valores que contiene la Constitución, considerando que los derechos y principios no constituyen compartimentos estancos, sino que, forman parte integrante del orden constitucional en su conjunto y se hallan ligados orgánicamente a las restantes normas constitucionales.¹⁸²

¹⁷⁹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1997), Tomo II, 153.

¹⁸⁰ Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, 142.

¹⁸¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., 9 de septiembre de 2019, <https://dle.rae.es>.

¹⁸² Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. La interpretación de los derechos fundamentales*, (Madrid: Ed. Tecnos, 2005), 313.

Como punto de partida, es importante observar que la Constitución contempla el principio pro derechos, es decir, la obligación de optar por la interpretación que favorezca de mejor manera la vigencia y el ejercicio de los derechos.¹⁸³ Cabe entonces identificar cuáles son los derechos a los cuáles está vinculada la ciudadanía universal y los valores que contiene la proclamación de este principio constitucional.

Así, se puede observar que a continuación de la ciudadanía universal se incluyen otros elementos que construyen sentido: “la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur”.¹⁸⁴ Este principio vincula dos valores, por una parte la protección a la movilidad humana y, por otra, la relación justa entre los países.

De esta manera, la ciudadanía universal se articula con el derecho a migrar. Este principio constitucional fortalece la perspectiva global de la movilidad humana, no solamente en relación al Estado ecuatoriano obligado a garantizar los derechos, sino como un actor de la comunidad internacional con la potencialidad de promover procesos regionales o globales orientados a la libertad de movimiento y la erradicación de políticas restrictivas.

Así, la Corte Constitucional ha sostenido que:

El Ecuador ha reconocido la ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero (...) y el respeto de los derechos humanos de los migrantes, principios consagrados en el artículo 416, numerales 6 y 7. Ambos principios constitucionales guardan estrecha armonía y conexión con otros tantos principios desarrollados por la Constitución, entre ellos: artículos 9 (igualdad de derechos de las personas extranjeras); 40 (derecho a migrar y reconocimiento de que ninguna persona podrá ser considerada como ilegal por su condición migratoria); 66 numeral 14 (libertad de tránsito).¹⁸⁵

Como se había señalado en el capítulo inicial al analizar la soberanía en las relaciones internacionales, éstas están fuertemente condicionadas por las capacidades económicas y militares que determinan un peso político en la comunidad internacional. Entonces, bajo el principio de la ciudadanía universal, el rol que debe desempeñar el Ecuador en la comunidad internacional atravesada por estas desigualdades es la de impulsar o fortalecer procesos de

¹⁸³ *Constitución de la República del Ecuador.*, num. 5 de art. 11 y art. 427.

¹⁸⁴ *Constitución de la República del Ecuador.*, art. 416.

¹⁸⁵ Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen No. 013-11-DTI-CC, Caso No. 0023-11-TI, Dictamen de constitucionalidad del Acuerdo entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la Federación de Rusia sobre las condiciones de supresión de las formalidades de visado en viajes mutuos de los ciudadanos de la República del Ecuador y de los ciudadanos de la Federación Rusa, 25 de abril de 2013.

transformación de esas relaciones, hacía formas equitativas y no hegemónicas, teniendo como eje fundamental a las personas y a los derechos humanos.

La proclamación de este principio en el marco de las relaciones internacionales debe ser coherente con la manera en que el Ecuador garantiza los derechos de las personas en movilidad que se encuentran bajo su jurisdicción. Este es un punto de articulación entre el contenido del derecho a migrar y el principio de ciudadanía universal, pues el Ecuador debe propender a que los efectos de las desigualdades en las relaciones internacionales no se repliquen entre los habitantes del Ecuador.

En se sentido, se puede observar que otra característica de este principio es su consecución gradual o progresiva. En efecto, la construcción histórica de la condición de extranjero y de las desigualdades que de ello deviene a partir de la definición determinada por los Estados nacionales no puede ser revertida inmediatamente por la sola emisión de una norma constitucional. Pero sí resulta pertinente impulsar y sostener un proceso que tenga ese horizonte. En consecuencia, atendiendo esta característica no pueden adoptarse medidas internas o adherirse a iniciativas internacionales que supongan un retroceso o que contengan un espíritu que contradiga este principio.

Bajo estos parámetros el Ecuador no podría formar parte de los tratados, decisiones bilaterales o multilaterales orientadas a acentuar o fortalecer las diferencias en razón de la nacionalidad o a restringir la movilidad humana. Por el contrario, obliga a propender la deconstrucción de la idea de la persona extranjera en desventaja como efecto de las fronteras estatales.

Así como el derecho a migrar obliga a la comprensión más amplia de la libertad de circulación, bajo el principio de ciudadanía universal obliga a la maximización del principio de igualdad y no discriminación. Esto quiere decir, lograr la erradicación absoluta de todas las diferencias que, en virtud del ejercicio de soberanía del Estado, determinen tratamientos desiguales e injustos hacia las personas, basados en el lugar de origen, nacionalidad o condición migratoria, las cuales, tienen lugar en un contexto internacional atravesado también por relaciones desiguales.

La Corte Constitucional, al respecto, ha sostenido que

Resulta fundamental destacar que en atención al sistema constitucional ecuatoriano, que entre sus lineamientos propugna el principio de ciudadanía universal y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente NorteSur15, los artículos analizados deben interpretarse a la luz del

reconocimiento de la mayor cantidad de derechos a favor de las personas extranjeras sin restricción excesiva e injustificada de su ingreso o permanencia, salvo las causales expresamente establecidas en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes.¹⁸⁶

No obstante, la maximización del principio de igualdad y no discriminación no debe entenderse como la universalización de la homogenización, por el contrario, es tomar en cuenta las características que particularizan las identidades individuales y colectivas como punto de partida para garantizar la igualdad en derechos en una perspectiva global. En términos de Martha Nussbaum, “para ser ciudadano del mundo uno no debe renunciar a sus identificaciones locales, que pueden ser una gran fuente de riqueza vital.”¹⁸⁷

Las caracterizaciones étnicas, culturales, lingüísticas, sexogenéricas u otras que configuran identidades individuales y colectivas entran en diálogo bajo la idea cosmopolita con la finalidad de enriquecer el intercambio y la deconstrucción de identidades vinculadas a las fronteras estatales. No obstante, también debe alertarse que las relaciones entre las diversidades, desde su dimensión global, están sujetas a valoraciones que reproducen imposiciones y desigualdades. La ciudadanía universal como principio constitucional, tiene lugar en un terreno irregular y que no es por completo aséptico, tal como lo reconoce la Constitución ecuatoriana.

A largo plazo, es la búsqueda de personas con derechos universalizables, antes que ciudadanos universales, propuesta que coincide también con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, la idea de *ciudadanía universal* en diálogo con el principio de igualdad y no discriminación, no tiende hacia la supresión de identidades por una identidad global, sino a la valoración de la diversidad y de las particularidades caracterizadoras e interrelacionadas sobre la base de la dignidad humana.

En este orden de ideas, la Constitución ecuatoriana dentro de los parámetros sobre la integración latinoamericana incluye como uno de ellos:

Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 002-14-SIN-CC, Caso No. 0056-12-IN y 0003- 12-IA acumulados, Demanda de inconstitucionalidad del Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967, 14 de agosto de 2014.

¹⁸⁷ Martha Nussbaum, “Patriotismo y cosmopolitismo”, en Martha Nussbaum *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, (Barcelona: Paidós, 1996), 19.

¹⁸⁸ *Constitución de la República del Ecuador*, art. 423, núm 5.

Este artículo que forma parte también del capítulo relativo a las relaciones internacionales recoge los principios que guían la actuación del Estado en los procesos de integración, entre ellos nuevamente la Constitución insiste en la protección de los derechos de las personas en movilidad humana y la libre circulación, pero particulariza en la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña.

Cabe cuestionarse si estas normas constitucionales relativas a la integración deben entenderse como vinculadas al principio de ciudadanía universal y, por tanto, como parámetros iniciales sobre el alcance geográfico y político en el proceso de su consecución gradual.

Este precepto constitucional remite a la experiencia de la Unión Europea que a partir de su tratado de creación resolvió la creación una “ciudadanía común a los nacionales de sus países.”¹⁸⁹ Este proceso de integración permitió que sea reconocido como ciudadano europeo toda persona que tenga la nacionalidad de uno de los Estados que son parte de este tratado, lo que a su vez, implica el reconocimiento automático de los derechos consagrados en ese tratado y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En este tratado se mantiene la equiparación de nacionalidad y ciudadanía, de tal manera, que para gozar de ella es necesario contar con la nacionalidad de uno de los países que forman parte de la unión. No obstante, su reconocimiento no reemplaza la nacionalidad del país de origen, sino que comporta el ejercicio de un conjunto de derechos que devienen de los tratados sobre los que se ha construido este proceso de integración. Entre esos derechos se encuentra la libertad de circulación y residencia entre los territorios¹⁹⁰ que conforman la Unión Europea y la igualdad y no discriminación en el ejercicio de los derechos.

Si bien hacia el interior de los países que forman parte de este proceso de integración implica una ampliación en el ejercicio de derechos, la migración hacia Europa países africanos y desde países sudamericanos como Ecuador, Bolivia y Perú, ratifica la condición de privilegio que lleva intrínseca este tipo de ciudadanía y que en un contexto mundial de condiciones socioeconómicas desiguales es más evidente.¹⁹¹

En los procesos de integración que ha formado parte el Ecuador no se ha logrado la consolidación de formas de ciudadanías de carácter regional al tenor de lo que contempla la

¹⁸⁹ Unión Europea, “Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea de 1957”, preámbulo, art. 9 y art 20.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, art.3.

¹⁹¹ Javier de Lucas, “Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes”, en María José Añón (Editora) *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, (Valencia: Universidad de Valencia, 2004), 27.

Constitución o que sean equiparables al proceso europeo. En el ámbito de la Comunidad Andina, se estableció el pasaporte andino¹⁹² y la tarjeta andina de migración como documento de control migratorio,¹⁹³ la circulación con documento de identidad en los países de la Comunidad¹⁹⁴ y algunos acuerdos básicos relativos a seguridad social¹⁹⁵. En tanto que la incorporación del Ecuador al MERCOSUR, como país asociado permitió la suscripción del Acuerdo Migratorio de MERCOSUR¹⁹⁶ que posibilita no solo la libre circulación sino también el acceso a regularización temporal por dos años y posteriormente la residencia permanente a las personas de nacionalidad de países que forman parte de este tratado.

Finalmente, en el marco de UNASUR el artículo 3 literal i) de su tratado constitutivo contemplaba como uno de sus objetivos "La consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana". Este proceso llegó únicamente a la conformación de un grupo de trabajo¹⁹⁷ que elaboró un informe conceptual sobre la ciudadanía suramericana. En dicho documento se concluye:

La ciudadanía suramericana es la condición jurídica de acceso progresivo a derechos, deberes y obligaciones por parte de los ciudadanos y ciudadanas de la UNASUR. Es una ampliación, no sustitutiva, de las ciudadanía nacionales. Asimismo, es la condición de identidad, pertenencia y arraigo a la tierra suramericana, a sus tradiciones y costumbres, a sus culturas diversas, a sus lenguas e idiomas y a sus cosmovisiones, cuyo fundamento primario es la historia compartida de los países miembros de la UNASUR.¹⁹⁸

No obstante, no llegó a adoptarse ninguna decisión en el marco de este proceso de integración que materializara lo conceptualizado por este grupo de trabajo.

Así, los parámetros constitucionales sobre integración regional, por una parte, se vinculan con el derecho a migrar, al promover que en dichos procesos se tenga como elemento sustancial la protección de los derechos de las personas en movilidad humana y, por otra parte,

¹⁹² Comunidad Andina, Decisión 504, 22 de junio de 2001.

¹⁹³ Comunidad Andina, Decisión 397, 16 de septiembre de 1996.

¹⁹⁴ Comunidad Andina, Decisión 503, 22 de junio de 2001.

¹⁹⁵ Comunidad Andina, Decisión 583, 7 de mayo de 2004.

¹⁹⁶ En 2014 el Ecuador se adhirió al Acuerdo Sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur en el cual se contempla la denominada visa MERCOSUR. Este acuerdo fue público en el Registro Oficial 209 de 21 de marzo de 2014.

¹⁹⁷ Consejo de Jefas y Jefes de Estado de UNASUR, Resolución No. UNASUR/CJEG/DECISIÓN/Nº 8 /2012

¹⁹⁸ Grupo de Trabajo sobre Ciudadanía Suramericana (GTCS), *Informe conceptual sobre ciudadanía suramericana*, aprobado mediante Resolución Nº 14/2014, del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores de la Unión de Naciones Suramericanas, 4 de diciembre de 2014, 16.

se vinculan con la ciudadanía universal en la medida en que la promoción de la ciudadanía latinoamericana y caribeña que proponen devenga en procesos de búsqueda del ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, independientemente de la nacionalidad y desafiando las relaciones desiguales entre los países.

En suma, la ciudadanía universal como un principio constitucional, aun cuando semánticamente esté compuesto por términos que son contradictorios y aun cuando ha sido instrumentalizado políticamente, desde una interpretación sistémica y pro derechos, se lo puede caracterizar como la búsqueda de la maximización progresiva del principio de igualdad y no discriminación asociada a la libre movilidad y la protección de los derechos de las personas en movilidad en el contexto de relaciones desiguales entre los Estados e injusticias globalizadas.

Si bien la soberanía es un principio que forma parte de la Constitución ecuatoriana, ninguna las formas en que se emplea está vinculada con el sentido originario del poder decisión absoluto, y, por tanto, no puede ser asumida como carta para decisiones arbitrarias. Por el contrario, la noción del Estado constitucional de derechos, tal como define la Constitución al Ecuador presupone la sumisión de toda autoridad al orden constitucional, cuyo principal objetivo es garantizar los derechos de las personas.

En este marco y con fundamento en la experiencia del Ecuador como país con una movilidad humana intensa, se ha reconocido derechos específicos a esta población. El derecho a migrar es uno de los aspectos fundamentales, el cual, reconoce la alternativa de trasladarse de las personas o comunidades en un contexto de desigualdad global dentro o fuera del país. Esta noción de movilidad, va más allá de la libertad de circulación pues no se limita al reconocimiento de una potestad individual, sino que la sitúa en el entramado complejo de injusticia y vulneraciones de derechos. El reconocimiento de este derecho comprende obligaciones que deben ser cumplidas por el Estado a fin de garantizarlo como país de origen, tránsito, destino y retorno.

En concordancia con el ánimo garantista de derechos de las personas en movilidad humana, la Constitución ecuatoriana ha incluido también el principio de la ciudadanía universal en el catálogo de principios relativos a las relaciones internacionales. Si bien, ha sido complejo interpretar con claridad el alcance de este principio, sobre todo por su instrumentalización mediática, sí es posible identificar ciertos elementos que le son propios: i) la maximización progresiva del principio de igualdad y no discriminación asociada a la libre movilidad y ii) la

protección de los derechos de las personas en movilidad en el contexto de relaciones desiguales entre los Estados e injusticias globalizadas.

Bajo tales premisas es claro que el derecho a migrar y la ciudadanía universal trastocan la idea de la soberanía clásica, anclada a un territorio concreto y lo desafía para establecer formas de protección de los derechos más allá de las fronteras y a desarrollar políticas y normas internas que no reproduzcan tratos arbitrarios y desiguales entre los habitantes que se encuentran bajo su jurisdicción.

Capítulo tercero

Aplicación del derecho a migrar y de la ciudadanía universal en la normativa y la jurisprudencia

Corresponde ahora analizar si la normativa sobre movilidad humana con rango de ley refleja una modificación en la concepción de la soberanía y es coherente con el marco constitucional que configuran el derecho a migrar y de la ciudadanía universal analizados en el capítulo anterior, y posteriormente examinar en qué medida dichos principios constitucionales han sido aplicados por los operadores de justicia en las decisiones de garantías jurisdiccionales sobre movilidad humana.

1. El derecho a migrar, la ciudadanía universal y la tensión con la soberanía en la normativa migratoria en el Ecuador

En los capítulos anteriores, se afirmó que el reconocimiento del derecho a migrar y de la ciudadanía universal en la Constitución de 2008 establecieron nuevos límites a la soberanía en relación a la movilidad humana y, por tanto, obligaciones internas e internacionales específicas al Estado a fin de garantizar este derecho en origen, tránsito, destino y retorno, considerando los contextos de desigualdad global en que tiene lugar.

Cuando entró en vigencia la Constitución, la legislación sobre movilidad humana se caracterizaba por la dispersión del tema en varios cuerpos legales, la contradicción con los principios y derechos constitucionales y con los reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos y la falta de actualización de la normativa a la complejidad de la movilidad humana.¹⁹⁹

En ese momento, la Ley de Migración y la Ley de Extranjería eran los principales instrumentos jurídicos con rango de ley referentes a la movilidad humana. Ambas leyes databan del año 1971. La primera, regulaba lo concerniente al ingreso y salida de personas del territorio ecuatoriano, el control migratorio y establecía el procedimiento de deportación, en tanto que la

¹⁹⁹ Coalición por las Migraciones y el Refugio, *Contenidos Básicos sobre Movilidad Humana. Aportes para una normativa en Ecuador*, (Quito, 2009), <http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/Informes%20alternativos/contenidosbasicosmovilidad.pdf>.

segunda, determinaba las categorías migratorias y los diferentes tipos de visados a los que debía optar una persona para encontrarse en condición regular en el Ecuador.²⁰⁰ A la par, se encontraban disposiciones dispersas en otros cuerpos legales, como la Ley de Documentos de Viaje, la Ley de Naturalización, el Código del Trabajo y otras.²⁰¹

En tanto que no existía normativa legal respecto a la protección de derechos de las personas emigrantes, refugiadas (el derecho a solicitar refugio se regulaba mediante decretos) y tampoco sobre personas desplazadas o migrantes internos. No existía ley alguna sobre la prevención del tráfico de migrantes y la trata de personas, ni en relación a la atención y reparación de las víctimas de estos delitos.²⁰² Al analizar el fundamento de esta legislación, Gina Benavides señala:

Se fundamenta en una concepción del control, y devela una posición de defensa del Estado y criminalización del extranjero, al llevar implícita una noción de categorías de derechos y personas extranjeras aceptables y otras que no los son; estas últimas fuertemente ligadas a temas de moral, orden y seguridad pública. Todo ello sobre la base de una amplia y fuerte concepción del principio de soberanía estatal que legitima la discrecionalidad y arbitrariedad, a nombre de la seguridad y la estabilidad nacional.²⁰³

Por este motivo, luego de la aprobación de la Constitución de Montecristi, la Coalición por las Migraciones y el Refugio y el Plan Migración Comunicación y Desarrollo, espacios de sociedad integrados por organizaciones no gubernamentales y academia que trabajaban en temas de movilidad humana, presentaron al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y a la Secretaría Nacional del Migrante (SENAMI) una propuesta de adecuación normativa que tenía como objetivo la elaboración de un proyecto de ley integral sobre movilidad humana.²⁰⁴ Nueve años después de entrada en vigencia de la Constitución y luego de varios intentos de generar esta proyecto de ley, el Ejecutivo envió una versión final a la Asamblea Nacional, el cual fue cuestionado por la limitada participación en su formulación. Finalmente, el 5 de febrero de

²⁰⁰ Gardenia Chávez Núñez y Javier Arcentales Illescas, "Movilidad humana, irregularidad y tráfico ilícito de migrantes" en *Revista Ecuador Debate* 97 (Quito, 2016: CAAP) 67-83.

²⁰¹ Coalición por las Migraciones y el Refugio, *Contenidos Básicos sobre Movilidad Humana. Aportes para una normativa en Ecuador*, (Quito, 2009), 4

²⁰² *Ibíd.*

²⁰³ Gina Benavides y Gardenia Chávez, *Población colombiana en el Ecuador. Aportes para su comprensión*, (Quito: UASB- Ecuador – Abya Yala, 2009), 189.

²⁰⁴ Coalición por las Migraciones y el Refugio, *Análisis del Proyecto de Ley de Movilidad Humana*, (Quito, 2015) <https://movilidadhumana.files.wordpress.com/2015/11/analisis-proyecto-de-ley-de-movilidad-humana-cmr.pdf>. Este proceso no se concluyó debido a la adopción de medidas contrarias a la Constitución por parte del gobierno, las cuales, se adoptaron en los primeros meses de esta iniciativa. Entre estas medidas se encontraba la reforma del decreto ejecutivo que regulaba el procedimiento de la condición de refugiado.

2017, la Asamblea Nacional aprobó la Ley Orgánica de Movilidad Humana (LOMH) y posteriormente el Ejecutivo emitió el respectivo reglamento.

Sin embargo, esta nueva ley no logró superar completamente el enfoque securitista y selectivo de la migración y tampoco replantear el principio de soberanía en su relación con la movilidad humana. Como consecuencia de ello se han identificado algunas disposiciones que serían contrarias a la Constitución. Por este motivo, el 20 de diciembre de 2017, la Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco, la Misión Scalabriniana y defensores de derechos humanos presentaron una demanda de inconstitucionalidad en contra de la LOMH.

Entre los principales puntos de esta demanda se encuentran, las concepciones restrictivas respecto de las definiciones de condición migratoria y persona extranjera, la regresividad y afectaciones al debido proceso en la deportación, exclusión y multas, regresividad en el acceso a la regularidad migratoria, la deportación obligatoria en caso de irregularidad migratoria, la deportación de personas de quienes hayan cumplido condenas y la revocatoria de la protección internacional de quienes hayan sido sentenciadas por un delito.²⁰⁵ Hasta el cierre de este trabajo, la Corte Constitucional del Ecuador no ha resuelto esta demanda.

Es posible observar también que, a diferencia de la legislación anterior, la LOMH buscó incorporar una mirada más integral de tal manera que su ámbito contempla algunas de las expresiones de la movilidad humana, tales como: la emigración, inmigración, retorno, refugio, asilo, apatridia y la prevención y atención de las víctimas de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.²⁰⁶ Aunque dejó por fuera a la movilidad humana en tránsito, al desplazamiento interno y a la migración interna centrándose exclusivamente en el cruce de fronteras internacionales. Tampoco consideró que, al haber incluido a la prevención y la atención de las víctimas de trata de personas como parte de los temas tratados en la LOMH, también se debe referir a las víctimas de trata internas y no exclusivamente a las internacionales.

Por otra parte, en relación a los sujetos de derechos, la LOMH refleja de cierta manera la diversidad. Así, se han contemplado normas que expresamente hacen referencia a niños, niñas y adolescentes, tales como el principio de interés superior, protección consular, repatriación de niños, niñas y adolescentes ecuatorianos no acompañados, derecho a la integración de niños, niñas y adolescentes de otras nacionalidades que se encuentran en el

²⁰⁵ En la demanda de inconstitucionalidad No. 0064-17-IN se impugnaron los artículos: 3, 42, 53, 56, 61, 64, 103, 104, 106, 108, 137, 138, 141, 142, 143, 144, 147 y 170, de la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

²⁰⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, Suplemento Registro Oficial No. 938 de 5 de enero de 2017, art. 1.

Ecuador, derecho a la nacionalidad, normas específicas para su ingreso y salida del territorio nacional, aunque no se hace referencia concreta a niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familiares.²⁰⁷

En el texto de esta ley también son visibles algunas disposiciones específicas respecto a personas con discapacidad, adultos mayores, pueblos indígenas binacionales, pero no contiene normas destinadas a la protección de mujeres migrantes, quienes enfrentan vulneraciones diferenciadas en los procesos migratorios que incluso involucran agresiones sexuales, explotación, trata de personas u otras que ponen en riesgo la vida e integridad de las mujeres migrantes, y que reflejan la necesidad de normativa que contenga formas de protección diferenciada.

En el mismo sentido, no se identifican normas relativas a personas de otras diversidades sexogenéricas, pues el enfoque de género no es visible en esta ley y no se toma en cuenta las desigualdades en el ejercicio del derecho a migrar que provoca el patriarcado, respecto de las mujeres o de grupos de diferencias sexogenéricas.

En cuanto a las definiciones de esta ley, se puede observar que, a pesar del reconocimiento constitucional del derecho a migrar, la LOMH no cuenta con una definición expresa que permita desarrollar el contenido y alcance de este derecho. No obstante, sí se incluyó una definición de ciudadanía universal. Esta definición se confunde con el concepto de movilidad humana, como se puede observar a continuación:

Ciudadanía Universal. El reconocimiento de la potestad del ser humano para movilizarse libremente por todo el planeta. Implica la portabilidad de sus derechos humanos independientemente de su condición migratoria, nacionalidad y lugar de origen, lo que llevará al progresivo fin de la condición de extranjero.²⁰⁸

La potestad de movilizarse evidentemente es un elemento que corresponde al derecho a migrar, aunque la idea de la *portabilidad* de los derechos podría estar más cercana a los parámetros que se han revisado en el capítulo anterior sobre la ciudadanía universal.

Los principios que la LOMH establece develan un esfuerzo por adecuar la normativa al contenido constitucional. Entre estos principios se encuentra la libre movilidad, la prohibición de criminalización, la protección de personas ecuatorianas en el exterior, la igualdad y no discriminación, el interés superior del niño, niña y adolescentes, la no devolución, la integración

²⁰⁷ Ibíd., 2, 23, 39, 48, 75, 99, 128, 129, 130.

²⁰⁸ Ecuador. *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 2.

regional e incluso, llama la atención el principio pro persona en movilidad humana, que se desarrolla de la siguiente manera:

Las normas de la presente Ley serán desarrolladas e interpretadas en el sentido que más favorezca a las personas en movilidad humana, con la finalidad que los requisitos o procedimientos no impidan u obstaculicen el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones con el Estado ecuatoriano²⁰⁹

Este principio obliga a interpretar el contenido de la LOMH y de su reglamentación inferior, incluyendo aquellas disposiciones fundamentadas en la soberanía estatal, de la manera más favorable al ejercicio de derechos de las personas.

En contraste, hay normas de la LOMH que retoman la idea originaria de la soberanía. Así, dos artículos la invocan expresamente en el texto de la LOMH, en ellos aparece como fundamento para la concesión, negación y cancelación de una visa y también para la concesión de la carta de naturalización. En el primero, resulta llamativo que el término *soberanía del Estado* no aparece dentro del contenido del artículo como tal sino en el título del artículo, de la siguiente manera:

Artículo 67.- Soberanía del Estado. El Estado ecuatoriano a través de la autoridad de movilidad humana tiene la potestad para conceder o negar una visa a una persona extranjera. El Estado ecuatoriano tiene la potestad de cancelar o revocar la visa de forma motivada. La condición migratoria cambia o se extingue por terminación, cancelación o revocatoria.²¹⁰

El precedente de esta disposición se encuentra en el artículo 5 de la Ley de Extranjería, que señalaba expresamente que “La decisión de conceder, negar o revocar una visa a un ciudadano extranjero, no obstante el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios, es facultad soberana y discrecional de la Función Ejecutiva, a través de los organismos competentes”.²¹¹

Esta disposición de la LOMH no entiende la regularización migratoria como parte del ejercicio del derecho a migrar, sino que al igual que en la Ley de Extranjería, todavía es asumida como una concesión por parte del Estado, contradiciendo el sentido de los principios y derechos presentes en la Constitución y que también fueron incorporados expresamente en el primer acápite de la LOMH.

²⁰⁹ Ibíd.

²¹⁰ Ecuador. *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Art. 67.

²¹¹ Ecuador. *Ley de Extranjería. Codificación No. 2004-023*. Registro Oficial 465, 19 de noviembre de 2004, art. 5.

La diferencia con el artículo de la Ley de Extranjería es la obligación del Estado de motivar la decisión de cancelación o revocación de la visa en función de causales expresas y de un procedimiento que debe cumplirse previo a esta decisión. De esta manera, la LOMH garantizaría de mejor manera el derecho al debido proceso estableciendo ciertas limitaciones, en relación a la legislación precedente que en virtud de la soberanía permitía la arbitrariedad.

Respecto a la carta de naturalización, nuevamente se condicional el derecho a la nacionalidad a la soberanía estatal que se traduce en una potestad:

Artículo 77.- Facultad discrecional del Estado sobre la naturalización. La concesión de la carta de naturalización es un acto soberano y discrecional de la Función Ejecutiva. En los demás casos previstos para la naturalización, el Estado ecuatoriano verificará que se cumplan las condiciones para acceder a la misma. La nacionalidad ecuatoriana por naturalización se adquiere desde el día en que la autoridad de movilidad humana emite el acto administrativo que acredita tal condición.²¹²

En este artículo la concepción de soberanía retoma su sentido originario, es decir, de ausencia de limitación y de potestad conferida a la última palabra de un funcionario público. A diferencia del artículo citado anteriormente en que se establecieron cláusulas específicas y reglas del debido proceso, en este caso se retoma la idea de la Ley de Naturalización que fue derogada por la LOHM y que calificaba a esta como un “acto soberano del Estado”;²¹³ es decir, se entendía como discrecional y que no requería justificación.

Ahora bien, la concepción de soberanía que convierte a la movilidad humana en prerrogativa del Estado antes que en un derecho humano no solo se manifiesta en estos artículos en que es invocada expresamente, sino en otras normas de la LOMH en que de manera tácita se puede apreciar esta concepción. Consecuentemente estas normas se encuentran dirigidas a las personas de otras nacionalidades y determinan un contraste significativo con la normativa que regula el ejercicio del derecho a migrar de las personas ecuatorianas.

Así, por ejemplo, contempla un artículo específico sobre “obligaciones de personas extranjeras en el Ecuador” que contiene ocho numerales, con disposiciones que resultan redundantes, tales como, “cumplir con las obligaciones laborales, tributarias y de seguridad social de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente”²¹⁴ o “respetar las leyes, las culturas y la naturaleza”²¹⁵ que son aspectos a los que toda persona que se encuentra en el país

²¹² Ecuador. *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. art. 77.

²¹³ Ecuador, *Ley de Naturalización*, Decreto Supremo 276 en Registro Oficial 66 de 14 de abril de 1976, art. 1.

²¹⁴ Ecuador. *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. art. 53, núm. 5.

²¹⁵ *Ibíd.*, núm. 3

está obligada independientemente de su nacionalidad. También se imponen otras obligaciones desproporcionadas y que no guardan relación con las obligaciones que tienen las personas ecuatorianas como la de “contar con un seguro de salud público o privado por el tiempo de su estadía en el Ecuador, excepto para el caso de las personas en necesidad de protección internacional”,²¹⁶ por este motivo, dicha obligación se encuentra entre las disposiciones demandadas como inconstitucional.

Aspectos similares se identifican en las normas relacionadas con el ingreso, la permanencia y la salida de personas de otras nacionalidades. Así, por ejemplo, la LOMH contempla la figura de la inadmisión, es decir, la “facultad que tiene el Estado ecuatoriano para negar el ingreso de una persona extranjera en función de una acción u omisión cometida por ésta”.²¹⁷ Esta ley establece once causales por las cuáles se puede producir la inadmisión, es decir, el rechazo en los puntos de frontera, entre las causales se encuentra que la persona de otra nacionalidad que busca ingresar al territorio “Sea considerada una amenaza o riesgo para la seguridad interna según la información que dispone el Estado ecuatoriano.”²¹⁸ Tales parámetros indefinidos pueden aplicarse de manera discrecional y producir rechazos injustificados en frontera.

En las causales de inadmisión relacionadas con las causas 4 y 5, “sin necesidad de procedimiento administrativo, se dispondrá de forma inmediata la salida de la persona inadmitida, la que podrá retornar al país una vez que haya subsanado la causal de inadmisión.”²¹⁹ Tales causales establecen tres supuestos: que la persona no tenga documento de viaje válido, que no tenga visa si así lo requiere o que “no justifique su condición migratoria”²²⁰, lo cual, nuevamente remite a un término que resulta ambiguo y que se traduce en la posibilidad de que los agentes de control migratorio en frontera adopten medidas que pueden incurrir en la arbitrariedad, por cuanto, se asume que no es necesaria la aplicación de un proceso administrativo.

Esta figura tiene su precedente en la *exclusión*, que se encontraba en la Ley de Migración y que se aplicaban tanto para el ingreso al territorio nacional, para quienes optaban por un tipo de visa en el Ecuador y a la vez eran causales para la deportación. La exclusión era aún más

²¹⁶ *Ibíd.*, núm. 7.

²¹⁷ *Ibíd.*, art. 136.

²¹⁸ *Ibíd.*, art. 137, núm. 6.

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ *Ibíd.*

discrecional y establecía también el impedimento de ingreso al territorio nacional de niños, niñas y adolescentes que no estuvieran acompañados por sus padres, personas con cierto tipo de enfermedades y personas con discapacidad que no pudieran trabajar.²²¹

En relación a la permanencia, la LOMH volvió más compleja las formas de regularización y no abandonó el principio de selectividad de la migración que también fundamentaba a las formas de regularización establecidas en la Ley de Extranjería. La LOMH establece bajo la categoría migratoria de visitantes temporales a las personas de otras nacionalidades que ingresan como turistas, como transeúntes y a los solicitantes de protección internacional. En tanto que la categoría de residentes, se divide en residentes temporales, residentes temporales de excepción y residentes permanentes. Además, se contempla una categoría de personas en protección por razones humanitarias.²²²

Dentro de las categorías de residentes temporales²²³ y residentes permanentes²²⁴ se detallan algunas actividades y calidades que las personas deben probar para acceder a la regularidad migratoria. Además, para todas estas categorías se debe añadir como requisito el seguro de salud y acreditar medios lícitos de vida que permitan la subsistencia, los cuales, no eran contemplados en la legislación precedente, por lo que además de restrictivos estas disposiciones son regresivas.

Ley de Extranjería, por su parte, establecía las calidades de no inmigrante para quien se encontrara de manera temporal y de inmigrante para quien permanecería por tiempo indefinido en el país y en cada una de estas calidades se encontraban diferentes tipos de visados. De igual manera que la LOMH, los tipos de visados tanto para inmigrantes como para no inmigrantes, se encontraban supeditados a la demostración de una actividad o calidad socioeconómica que permitía el acceso a la regularidad migratoria.²²⁵

²²¹ Ecuador. *Ley de Migración. Codificación No.6*, Registro Oficial 563, 12 de abril de 2005, art. 9.

²²² *Ibíd.*, arts. 54 a 66.

²²³ El art. 60 de la LOMH señala que dentro de la categoría de residentes temporales se encuentran las siguientes actividades o calidades: 1. trabajador, 2. rentista, 3. jubilado, 4. inversionista, 5. científico, investigador o académico, 6. Deportista, artista, gestor cultural, 7. Religioso o voluntario religioso, 8. Voluntario, 9. Estudiante, 10. Profesional, técnico, tecnológico o artesano, 11. Residente por convenio, 12. Personas amparadas por el titular de otra categoría migratoria, 13. Personas en protección internacional.

²²⁴ El art. 63 de la LOMH señala que para acceder a la categoría de residentes permanentes se debe cumplir al menos una de las siguientes condiciones: 1. Quienes haya cumplido al menos veintidós meses en calidad de residente temporal, 2. Haber contraído matrimonio o mantener la unión de hecho con una persona ecuatoriana, 3. Ser una persona menor de edad o discapacitada que dependa de una persona ecuatoriana o de una persona de extranjera que cuente con residencia temporal, o 4. Ser pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad de una persona extranjera con residencia permanente en el Ecuador

²²⁵ Ecuador, *Ley de Extranjería*, art. 9 y 12.

En virtud de logro progresivo del principio de ciudadanía universal y en el marco del proceso de integración de UNASUR, la LOMH incluyó algunas normas destinadas a concretar la *ciudadanía suramericana*. Entre ellas se encuentra la posibilidad de ingresar y circular hasta por 180 días por el territorio ecuatoriano únicamente con el documento del país de origen, la posibilidad de acceder a una forma de regularización por dos años renovables y algunas salvedades respecto a la imposición de sanciones migratorias.²²⁶

Otro aspecto en donde se refleja la soberanía es en el control migratorio, las sanciones por infracciones migratorias y la deportación. A pesar de los principios y derechos constitucionales que han sido analizados en el capítulo anterior, la LOMH mantiene formas de control punitivas del ejercicio del derecho a migrar, las cuales, riñen con el principio de no criminalización de la migración.

Es importante recordar que la Ley de Migración, precedente de la LOMH, que regulaba el ingreso y salida de personas del territorio nacional, establecía el procedimiento de deportación, delitos y penas migratorias.²²⁷ Esta Ley tenía como una de sus finalidades “la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales respecto a la permanencia y actividad de los extranjeros residentes en el territorio ecuatoriano”.²²⁸ Asumiendo el enfoque de las personas en movilidad como objeto de control y posible sanción antes que personas que ejercen un derecho. Para la aplicación de las normas y la vigilancia de su cumplimiento se encargó expresamente al Servicio de Migración de la Policía Nacional, el cual, tenía amplias atribuciones, tales como

- II.- Interrogar a todo extranjero sujeto al fuero territorial y revisar sus efectos personales, cuando presuman la existencia de alguna causa de exclusión o deportación del país;
- III.- Rechazar la admisión o salida de las personas que no se sujeten a las normas legales y reglamentarias;
- V.- Limitar y controlar la permanencia de extranjeros sujetos al fuero territorial; y,
- VI.- Arrestar y poner a órdenes del juez competente a las personas sujetas al fuero territorial que en su presencia o vista obstaren o pretendieren obstar la actuación de los miembros del Servicio de Migración o infringieren o pretendieren infringir las leyes, reglamentos u órdenes de autoridad de migración y pudieren evadir la acción policial hasta lograr una orden judicial de privación de libertad.²²⁹

La LOMH, por su parte, mantiene el enfoque del control migratorio con ciertos matices. Así por ejemplo, no existe un encargo expreso a la Policía Nacional sino a la *autoridad de*

²²⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 84 y 86.

²²⁷ Ecuador. *Ley de Migración. Codificación No.6* Registro Oficial 563, 12 de abril de 2005.

²²⁸ *Ibíd.*, art. 1.

²²⁹ *Ibíd.*, art.5.

control migratorio, aunque entre sus competencias se encuentra la “verificación de la permanencia de personas extranjeras en territorio nacional”.²³⁰

Si bien en un inicio la Ley de Migración contemplaba la imposición de multas por infracciones migratorias, esta norma fue derogada en 2010 por la Asamblea Nacional.²³¹ Sin embargo, la LOMH retoma en su acápite denominado *régimen sancionatorio* la imposición de multas que van desde uno a quince salarios básicos unificados, por razones diversas como la irregularidad migratoria, contraer matrimonio ficticio para acceder a la regularización migratoria, evadir o colaborar en la evasión de controles migratorios, son algunas de las nueve conductas sancionadas.²³² En este sentido, la LOMH resulta regresiva al retomar formas punibles que ya habían sido derogadas y además estableciendo montos desproporcionados y sin criterio que los justifique.

En cuanto a la posibilidad de expulsar a una persona de otra nacionalidad del territorio ecuatoriano, la Ley de Migración contemplaba esta posibilidad bajo la figura de la *deportación*.²³³ En dicha ley, se establecían algunas causales, entre las que no constaba de manera expresa la irregularidad migratoria, aunque las autoridades así la interpretaban. Además, se establecía la privación de libertad hasta que sea posible la deportación, aspecto que en la práctica producía detenciones indefinidas en lugares inadecuados como lo fueron el denominado “calabozo de migración” o posteriormente en hoteles que se adecuaron para tal efecto, como lo fueron el Hotel Hernán y posteriormente el Hotel Carrión.

Considerando el marco constitucional, ninguno de estos centros debió existir. Aun así, cumplían con estándares básicos que garantizara los derechos humanos de las personas migrantes. Por el contrario, funcionaban sin una reglamentación clara y en los casos de los hoteles Hernán y posteriormente Carrión se convirtieron en lugares de accesibilidad limitada, custodiados por la Policía de Migración y administrados por el Ministerio del Interior. Este último estuvo en funcionamiento hasta febrero de 2017. Estos lugares, fueron motivo de observaciones y recomendaciones al Estado ecuatoriano por parte del Comité de Naciones

²³⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 164.

²³¹ Ecuador, *Registro Oficial Suplemento* 175, 20 de abril del 2010.

²³² Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 170.

²³³ *Ibíd.*, art. 10 y 19.

Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en los años 2010²³⁴ y 2017.²³⁵

Los jueces y juezas de contravenciones penales eran los competentes para decidir la deportación de una persona según lo determinaba la Ley de Migración, luego de una reforma que retiró esta competencia a los intendentes de policía, que eran funcionarios del Ministerio del Interior quienes tenían anteriormente tal potestad.²³⁶ Si bien los jueces de contravenciones forman parte del ámbito penal y se asumía a la migración irregular como parte de dicho ámbito, finalmente la decisión la emitía un órgano de carácter judicial. No obstante, la reforma no definió con claridad el órgano que debía conocer la impugnación de esta decisión, aun cuando expresamente señalaba la existencia del recurso de apelación con efecto suspensivo.

Este procedimiento resultaba aún más complejo, pues disponía que: “La resolución de la jueza o juez de contravenciones que niega la deportación, deberá ser obligatoriamente elevada en consulta administrativa al Ministro de Gobierno, dentro de los tres días siguientes a la fecha de su emisión, adjuntándose el expediente del caso”.²³⁷ De esta manera, se abría la posibilidad de que un órgano administrativo revise una decisión de carácter judicial, aspecto que será decisivo en algunos casos emblemáticos por su evidente afectación a derechos humanos. Cuando fue derogada esta norma por la entrada en vigencia de la LOMH, la Corte Constitucional la declaró inconstitucional

Respecto al procedimiento de deportación que preveía dicha ley se ha afirmado que “El control migratorio y el procedimiento de deportación contenidos en la Ley de Migración, al ser analizados a la luz de los principios y derechos constitucionales y de instrumentos internacionales de derechos humanos, refleja serias limitaciones y contradicciones con el marco normativo de protección de derechos”.²³⁸ El derecho a la igualdad y no discriminación y las

²³⁴ Comité de Naciones Unidas para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, *Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares al Ecuador*, 13.º período de sesiones, 13 de diciembre de 2010.

²³⁵ Comité de Naciones Unidas para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, *Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares al Ecuador*, 371.º sesión, 14 de septiembre de 2017.

²³⁶ El Código Orgánico de la Función Judicial, que entró en vigencia en el 9 de marzo de 2009, contiene entre sus disposiciones transitorias “En la Codificación de la Ley de Migración, publicada en el Registro Oficial 563 de 12 de abril de 2005, sustitúyanse en los artículos 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28 y 31 las palabras “El Intendente General de Policía”, por “la jueza o juez de contravenciones”.

²³⁷ Ecuador. *Ley de Migración*. art.28.

²³⁸ Javier Arcentales Illescas, “Las políticas de deportación en el Ecuador: análisis desde el enfoque de derechos humanos”, *Quito*, (monografía para especialización, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012).

garantías del debido proceso se ha visto vulneradas por el proceso de deportación considerado como parte de la soberanía.²³⁹

Por su parte, la LOMH incluye las figuras de *expulsión* y *deportación*. La primera es la expulsión del territorio ecuatoriano de una persona de otra nacionalidad luego de haber cumplido “una pena privativa de la libertad mayor a cinco años, quedando prohibido su retorno al Ecuador por un lapso de diez años según lo establece la ley penal”²⁴⁰. Con la excepción de quienes hayan contraído matrimonio o tengan hijos o hijas ecuatorianas antes de haber cometido la infracción por la que han sido encausados. Bajo esta disposición de estaría aplicando una sanción adicional, además del cumplimiento de la pena por los mismos hechos, lo cual riñe con el principio de *non bis in idem* y el principio de rehabilitación del sistema penal.

En tanto que, la *deportación* está definida por la LOMH como “la resolución administrativa mediante la cual la autoridad de control migratorio dispone el abandono del territorio nacional de una persona extranjera, la que no podrá reingresar al país por un plazo de tres años.”²⁴¹ A diferencia de la Ley de Migración, la LOMH establece expresamente que únicamente puede proceder por una de las nueve causales previstas y bajo las garantías del debido proceso.

Entre las causales previstas en la LOMH para la deportación, se encuentra: el ingreso sin registro en los puntos de control migratorio, no haber iniciado el proceso de regularización migratoria en los plazos dispuestos por la ley, revocatoria del visado, haber incumplido con la notificación de salida voluntaria.²⁴² Es decir, la LOMH mantiene la posibilidad de deportación por condición migratoria irregular entre otras variaciones que en diferentes niveles pueden ser formas de punir la movilidad humana.

La LOMH vuelve al procedimiento de deportación de carácter administrativo a cargo de la autoridad de control migratorio, dejando de lado el procedimiento judicial que tenía la legislación anterior. Esta modificación implica que la misma autoridad que realiza el control migratorio es la encargada de determinar la deportación, perdiendo de esta manera la imparcialidad de quien toma esta decisión. Además, la LOMH solo contempla recursos ordinarios de impugnación en vía administrativa, no cuenta con mecanismos específicos en vía

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 147.

²⁴¹ *Ibíd.*, 141.

²⁴² *Ibíd.*, 143.

judicial que den respuesta oportuna y efectiva con efectos suspensivos de la orden de deportación.²⁴³

No obstante, es importante resaltar que la LOMH no contempla privación de la libertad de las personas sometidas a procesos de deportación. Al respecto señala que pueden adoptarse medidas que garanticen la comparecencia de la persona al proceso “siempre que estas no impliquen una privación o restricción del derecho a la libertad personal”.²⁴⁴ De esta manera, se eliminaron los centro de privación de libertad de personas en situación de deportación aunque la ley es ambigua sobre cómo debe procederse al momento de ejecutar la deportación.

De esta manera, el principio de soberanía impone un tratamiento diferenciado a personas de otras nacionalidades que no ha sido superado por la LOMH. Este trato diferenciado se refleja en normas que disponen formas de control migratorio bajo sanciones administrativas, pecuniarias o incluso la deportación. Si bien, el derecho a migrar no ha sido desarrollado expresamente en esta ley, opera bajo la imposición de algunas limitaciones a la actuación del Estado en el ejercicio del control migratorio y en la consideración de las diferentes expresiones de la movilidad humana bajo un mismo instrumento migratorio.

2. Derecho a migrar, ciudadanía universal y soberanía en sentencias de garantías jurisdiccionales

Ahora corresponde analizar cómo estos principios y derechos constitucionales sobre movilidad humana han sido aplicados por los operadores de justicia a partir de tres casos, en los que se activaron garantías jurisdiccionales con la finalidad de proteger los derechos comprometidos. Estos han sido seleccionados por ser hechos sobre movilidad humana que se han destacado ante la opinión pública y respecto de los cuales, se han emitido decisiones judiciales que resuelven las garantías jurisdiccionales presentadas para detener las vulneraciones a los derechos. De esta manera, los elementos que presentan estos casos permiten determinar en qué medida los parámetros constitucionales son recogidos en estas decisiones judiciales y, de igual manera, cómo se refleja la soberanía.

Es importante recordar que las garantías jurisdiccionales son mecanismos de carácter judicial, previstos por la Constitución para dar respuestas rápidas y efectivas a amenazas o

²⁴³ *Ibíd.*, 144.

²⁴⁴ *Ibíd.*, 145.

vulneraciones a los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En tal sentido, los derechos y principios sobre movilidad humana son parte del ámbito de protección de estos mecanismos y deben ser aplicados por los operadores de justicia en sus decisiones.

Estos aspectos se analizarán en las sentencias emitidas en la acción de protección frente a la revocatoria de visa de la periodista franco-brasileña Manuela Picq Lavinas, la sentencia del hábeas corpus interpuesto frente a la detención y el proceso de deportación colectiva al que fueron sometidas 151 personas de nacionalidad cubana y finalmente, la resolución de la medida cautelar interpuesta dentro del proceso de la demanda de inconstitucionalidad presentada frente a la normativa que impuso la obligación de ingresar con pasaporte y certificado de antecedentes penales a personas de nacionalidad venezolana.

Manuela Picq Lavinas

El 13 de agosto de 2015, tuvo lugar una marcha promovida por el movimiento indígena en contra de políticas del gobierno. En medio de esta marcha, fue detenido el líder indígena Yaku Pérez y su pareja, el periodista franco brasileña Manuela Picq. Si bien, Pérez fue liberado, Manuela Picq continuó detenida por varias horas hasta que se pudo conocer que el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, había cancelado su visa y como consecuencia de ello se daría inicio al proceso de deportación.

Frente a esta decisión, la defensa jurídica de Manuela Picq presentó una acción de protección en contra del acto administrativo que la dejó sin permanencia regular en Ecuador, mediante la cancelación unilateral del visado. Estos hechos ocurrieron cuando aún no se derogaban la Ley de Migración y la Ley de Extranjería. De tal manera que, aun cuando los principios constitucionales de no criminalización de la migración y el derecho a migrar se encontraban vigentes, se aplicó la normativa legal por sobre la constitucional y se dispuso la privación de la libertad de las personas sometidas a deportación.²⁴⁵

Manuela Picq fue trasladada al denominado Hotel Carrión, centro de detención para personas migrantes sometidas al proceso de deportación. Al día siguiente de su detención, la Coordinación Zonal 9 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana canceló la visa e informó al Ministerio del Interior. En dicho oficio se señala: “A través de este medio

²⁴⁵ La Constitución contempla también una disposición derogatoria tácita, por la cual, se entienden derogadas todas las normas que son contrarias a la Constitución. Bajo esta disposición cabría analizar si el procedimiento de deportación perdió vigencia bajo el marco constitucional.

cumpla en informar que, en la Unidad de Migración se registra con fecha 14 de agosto de 2015, la cancelación de la visa 12 – VIII perteneciente a la usuaria: LAVINAS PICQ MANUELA de nacionalidad (sic) Brasileña”²⁴⁶

Manuela Picq no fue notificada formalmente con este oficio u otro que ponga en conocimiento sobre la cancelación de su visa. Como se puede apreciar el contenido de dicho oficio no contiene motivación alguna respecto de la decisión, no invoca hechos y no menciona los fundamentos jurídicos que la sustentan. Tampoco tuvo lugar ningún procedimiento administrativo que permita el ejercicio del derecho a la defensa para impedir que se tome esta decisión aplicando las garantías del debido proceso.

El 17 de agosto de 2015, se llevó a cabo la audiencia de deportación en la Unidad Judicial Primera de Contravenciones de Quito, bajo la aplicación del procedimiento previsto en la Ley de Migración. Al finalizar la audiencia, la jueza a cargo resolvió que no se cumplían las causales para que proceda la deportación y dispuso la inmediata libertad de Manuela Picq.²⁴⁷

El mismo día en horas de la mañana, la defensa jurídica de Manuela Picq interpuso una acción de protección con solicitud de medidas cautelares en contra de la decisión del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de cancelar la visa. En esta acción se alegó la vulneración del derecho al debido proceso en relación a la cancelación de la visa, el derecho a la igualdad y no discriminación por la condición de persona de otro origen nacional y del derecho a la seguridad jurídica en razón de la aplicación inadecuada de la normativa de la Ley de Extranjería.

Además, se solicitaron como medidas cautelares que se suspenda el trámite del proceso de deportación hasta que se resuelva la acción de protección y que se adopten medidas sustitutivas a la privación de libertad para Manuela Picq. Al día siguiente, en el auto de calificación de la acción, las medidas cautelares solicitadas fueron negadas por la jueza que conoció esta causa porque no se las habría “justificado en forma legal y documentada”²⁴⁸

El 24 de agosto de 2015, se llevó a cabo la audiencia en que finalmente la jueza de la Unidad Judicial Civil decidió negar la acción de protección. De tal manera, que Manuela Picq se encontraba en un limbo jurídico provocado por el Estado. Por una parte, contaba con una

²⁴⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Oficio No. 23. UCM-CZ9- MREMH* de 14 de agosto de 2015. Suscribe este oficio, Juan Carlos Estrella Sampedro, Coordinador Zonal 9 (e).

²⁴⁷ Unidad Judicial Primera de Contravenciones del Cantón Quito, “Sentencia 17 de agosto de 2015”, *Causa No. 17151-2015-00685*.

²⁴⁸ Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito, “Auto de calificación y señalamiento de audiencia de 18 de agosto de 2015”, *Causa No. 17203-2015-12020*.

decisión que negaba la deportación, pero por otra, la sentencia de la acción de protección afirmó que la cancelación de su visa no vulneró derechos. Entonces se encontraba de manera irregular en el país, pero sin que proceda deportación en su contra.

En la sentencia se puede observar que el argumento principal alegado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y la Procuraduría General del Estado para justificar la cancelación del visado de Manuela Picq fue la soberanía entendida como una posibilidad de actuar de manera discrecional y sin regulación. Como señaló el director jurídico de dicho Ministerio:

El Ecuador es un estado de derecho, el principio de legalidad está compuesta de la facultad discrecional y la facultad reglamentaria, no se puede reglamentar la discrecionalidad del estado, el art. 5 Ley de Extranjería establece que en lo relacionado a la cancelación de visas queda a discreción del Estado, principio de soberanía del Estado.²⁴⁹

Este argumento fue acogido por la jueza que conoció la garantía jurisdiccional, quien sustentó el rechazo de la acción afirmando que “Los Estados soberanos, entre ellos el Ecuador, establecen su política migratoria y emiten las leyes correspondientes, en el caso la Ley de Extranjería de la cual se determina que la revocatoria de una visa, cualesquiera fuera esta, es efectivamente una potestad estatal”.²⁵⁰

Bajo tal razonamiento, no se consideraron los principios y derechos constitucionales respecto de las personas en movilidad humana y por tanto se asume que la soberanía es una potestad que no puede ser regulada y por tanto ilimitada respecto de las personas de otros países. Para la jueza que resolvió esta acción:

Las autoridades públicas cumplieron con lo dispuesto en las normas legales vigentes y aplicables sin discriminación por lo que de los hechos alegados por la accionante no se desprende violación de los derechos constitucionales al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la igualdad.²⁵¹

Como se puede observar, el razonamiento de la jueza se limitó a examinar la legalidad de la decisión adoptada, mas no profundiza en un análisis constitucional, de tal manera, que avaló la ausencia de un procedimiento administrativo que permitiera el ejercicio del derecho a la defensa y de las garantías del debido proceso. Tampoco tomó en cuenta la grave afectación a los derechos que implicaba encontrarse en condición migratoria irregular, frente a la

²⁴⁹ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Mariscal Sucre de Quito, “Sentencia 24 de agosto de 2015”, *Causa No. 17203-2015-12020*.

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ *Ibíd.*

inesperada decisión de la cancelación de la visa. Esta omisión condujo a la jueza a señalar que la acción podía haber sido conducida por la vía contencioso administrativa, es decir, iniciar un proceso que puede tomar al menos tres años para decidir la regularidad migratoria.

Como se ha indicado en líneas anteriores, las regulaciones relativas a la permanencia forman parte y deben garantizar el derecho a migrar y no son ajenas a la protección de otros derechos constitucionales como las garantías del debido proceso. Aun cuando la Ley de Extranjería abriera la posibilidad de adoptar decisiones discrecionales, la Constitución y los instrumentos internacionales han consagrado de manera extensa las garantías del debido proceso, las cuales no pueden ser exclusivas para las personas nacionales. De esta manera, también se configuraba un trato discriminatorio contrario a la igualdad de derechos, fundado en el origen nacional y la condición migratoria.

Queda por demás señalar que la jueza al privilegiar el argumento de la soberanía, deja por fuera, el principio de ciudadanía universal que no es considerado dentro de su sentencia.

Frente a la negativa de la acción de protección se interpuso el recurso de apelación. Sin embargo, se confirmó la sentencia subida en grado, bajo similares argumentos. La Corte Provincial de Justicia señaló que “la decisión de revocar la visa a la ciudadana Manuela Lavinas Picq, es una decisión soberana y discrecional por mandato legal”.²⁵²

Para cuando esta sentencia fue emitida, Manuela Picq había ya salido del Ecuador debido a que el Ministro del Interior de ese momento, José Serrano, solicitó a la jueza de contravenciones que pusiera en su conocimiento la decisión de la negativa de deportación, con fundamento en la Ley de Migración, que señalaba que tales decisiones debían ser remitidas en consulta a dicha autoridad. Esto significaba que una decisión judicial podía ser revisada por una autoridad administrativa contrariando el principio de independencia judicial. Esto significó una nueva amenaza respecto de la libertad e incluso la integridad de Manuela Picq, por lo que debió abandonar el país.

En efecto, el art. 28 de la Ley de Migración vigente en ese entonces disponía que “La resolución de la jueza o juez de contravenciones que niega la deportación, deberá ser obligatoriamente elevada en consulta administrativa al Ministro de Gobierno, dentro de los tres días siguientes a la fecha de su emisión, adjuntándose el expediente del caso”.²⁵³ A pesar de que previamente el Ministerio del Interior no había hecho uso de esa potestad, sorprendió que

²⁵² Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, “Sentencia de segunda instancia 1 de octubre de 2015”, *Causa No. 17203-2015-12020*.

²⁵³ Ecuador, *Ley de Migración*, art. 28.

de manera expresa en este caso, solicite el expediente a la jueza para revisar su decisión. En consecuencia, aun cuando una autoridad judicial resolviera que la deportación no procedía, el Ejecutivo mantenía la última palabra, en virtud del principio de soberanía que, como en este caso, se sobrepone a los derechos humanos.

Cabe señalar que el 7 de junio de 2017, la Corte Constitucional en un proceso de consulta de norma, declaró la inconstitucionalidad de los art. 28 y 29 de la Ley de Migración, precisamente por considerar que “transgredían los principios de unidad jurisdiccional e independencia judicial”.²⁵⁴ Cuando se emitió esta sentencia, la Ley de Migración no estaba vigente, pues ya se había promulgado la Ley Orgánica de Movilidad Humana, la cual, no contempla una disposición similar. No obstante, de haber sido oportuna la Corte Constitucional se podrían haber impedido otras vulneraciones a derechos como las del caso a continuación.

Deportación colectiva de personas cubanas

En junio de 2016, un grupo de migrantes cubanos que se encontraban en Ecuador, iniciaron una acción colectiva en las afueras de la Embajada de México en Quito, con la finalidad de que se abriera la posibilidad de implementar un corredor humanitario que les permitiera trasladarse desde dicho país hasta Estados Unidos para acogerse a la denominada Ley de “pies secos, pies mojados”, que en ese momento se encontraba vigente.

El 27 de junio de ese año, las personas fueron desalojadas del lugar donde realizaban esta acción colectiva y tras una breve permanencia en el parque La Carolina, obtuvieron un permiso municipal para desarrollar esta actividad en el parque El Arbolito. En este lugar habrían llegado a concentrarse aproximadamente 300 personas, que incluían niños, niñas, adolescentes, mujeres embarazadas, adultas mayores y personas con discapacidad.

Aproximadamente a las 03:45 de la madrugada del 6 de julio de 2016, se llevó a cabo el desalojo de las personas que pernoctaban en dicho parque, mediante un operativo policial con más de 400 efectivos que incluían grupos especiales de la Policía Nacional, vehículos antidisturbios, perros policiales, drones y otros elementos que dan cuenta de la magnitud de este operativo que supuestamente tenía la finalidad de realizar un control migratorio.²⁵⁵

²⁵⁴ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 004-17-SCN-CC”, sobre los casos acumulados No: 0186-13-CN, 0061-14-CN, 0001-15-CN.

²⁵⁵ Colectivo Atopia, “Bitácora de una expulsión”, 10 <https://colectivoatopia.files.wordpress.com/2017/03/bitacoradeunaexpulsion.pdf>.

Pese al permiso municipal vigente, el grupo armado arremetió con fuerza contra el campamento hiriendo y maltratando a quienes se encontraban en él. Este operativo también confiscó todas las pertenencias de estas personas, incluyendo documentos de viaje, dinero, títulos académicos, cartas familiares, ropa y alimentos. Para muchas personas eran las únicas posesiones que tenían.²⁵⁶

Como consecuencia de este operativo fueron detenidas 160 personas en las que se incluían a familias con niños, niñas y adolescentes, las personas fueron trasladadas al subsuelo del edificio de la Unidad de Flagrancias, en condiciones de hacinamiento y sin las garantías básicas de un centro de privación de libertad. Ante este hecho, el mismo día de la detención defensores de derechos humanos interpusieron un hábeas corpus colectivo conjuntamente con medidas cautelares en las que se solicitaba que se suspendan los trámites de deportación hasta que se resuelva el hábeas corpus.

No obstante, pasadas las veinte y cuatro horas de la detención iniciaron las audiencias de deportación ante las juezas y jueces de contravenciones. Esta garantía jurisdiccional recayó en el Tribunal de Garantías Penales de Quito, el cual, en el auto de avoco de conocimiento ordenó completar algunos aspectos de forma y negó la medida cautelar, afirmando que

En el caso se busca frenar “se ejecuten las audiencias de deportación” la violación alegada por el Abogado a través de una medida cautelar conjunta, se entiende que esa violación es frecuente o intensa, en el presente caso, no se ha demostrado la gravedad de la supuesta violación, ni la amenaza de violación de derecho, no establece el origen de la amenaza o vulneración de los accionantes, no identifica cuales son los derechos amenazados, la identificación del acto impugnado, lo cual es muy importante pues a través de ello se expone la pretensión, si no se identifica lo que se está impugnando difícilmente se lo va a poder dejar sin efecto jurídico.²⁵⁷

El Tribunal fijó la audiencia del hábeas corpus para el 12 de julio de 2016. Sin embargo, este proceso se tornó más complicado pues a mediodía del 7 de julio, se iniciaron las audiencias de deportación, es decir, a pesar de que estaba en trámite una garantía jurisdiccional se continuó con los procesos de deportación. Según la petición remitida por los defensores de derechos humanos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre este caso:

En medio de la incertidumbre sobre cómo se llevarían a cabo las audiencias de deportación éstas iniciaron formalmente. El Consejo de la Judicatura en coordinación con el Ministerio del Interior, dispusieron la realización de aproximadamente cinco audiencias simultáneas, cada una ante un/a juez/a de contravenciones. El orden en que eran llevadas las víctimas a sus audiencias era conocido solamente por las autoridades del Ministerio del Interior, aspecto que dificultó la comunicación con los/las abogados/as defensores, pues el tiempo que tuvieron para hablar con sus abogados fue inferior a diez minutos y en otros casos ni siquiera hubo esta oportunidad. En

²⁵⁶ *Ibíd.*

²⁵⁷ Tribunal de Garantías Penales de Quito, con sede en la Parroquia de Iñaquito, “Auto de hábeas corpus No. 17250-2016.00100”, 08 de julio de 2016.

algunos casos, los/as defensores/as no conocieron a sus defendidos hasta el momento mismo de la instalación de la audiencia. A medida que transcurrían las audiencias, éstas tenían cada vez menor duración, finalmente se redujeron a un promedio de entre 15 o 20 minutos por persona. Incluso se reportaron audiencias de menor duración.²⁵⁸

Debido al número de personas, las audiencias continuaron realizándose el viernes 8 y sábado 9 de julio de 2016. Parte del grupo detenido fue trasladado al denominado Hotel Carrión en la noche del viernes 8 de julio de 2016. No obstante, en la madrugada del sábado 9 de julio, 20 hombres y 9 mujeres fueron deportadas a pesar de que sus sentencias no se encontraban en firme, los abogados defensores no habrían sido notificados y por tanto no tuvieron la posibilidad de impugnar.²⁵⁹ Según se señala en la petición dirigida a la CIDH, también habrían sido deportadas personas a quienes los jueces de contravenciones negaron su deportación y por tanto debían ser puestas en libertad.

En los días siguientes, abogadas y abogados defensores de las personas cubanas, quienes habían logrado obtener sentencias que negaban la deportación y disponían la libertad intentaron sin éxito que se cumplan dichas sentencias. Al igual que en el caso de Manuela Picq, el Ministerio del Interior, con fundamento en el art. 28 de la Ley de Migración impedía la liberación de estas personas alegando que estas decisiones debían subir en consulta al ministro.

Así, en la madrugada del lunes 11 de julio de 2016, se llevó a cabo la deportación de un segundo grupo del colectivo, sin que pueda ser impedida:

Alrededor de un centenar de policías antimotines rodearon, los lugares de privación de libertad, Hotel Carrión y la Unidad de Flagrancia, y procedieron con fuerza y violencia desproporcionada en contra de las víctimas para trasladarlos al bus que los iba a transportar. A pesar de que las/os abogados/as defensores/as apostados en las afueras de los sitios de detención exigieron dialogar con las autoridades que lideraban el operativo e impedir el traslado arbitrario, esto fue imposible y se constató cómo se maltrató y golpeó a las víctimas para forzarlos a subir a los dos buses que los llevarían al Aeropuerto Mariscal Sucre.²⁶⁰

El día martes 12 de julio tuvo lugar la audiencia de hábeas corpus, la cual, se prolongó por más de doce horas y concluyó en la madrugada del siguiente día. El Tribunal decidió negar la acción de hábeas corpus, con excepción de una persona, sin que haya claridad sobre el motivo

²⁵⁸ Petición P-1468-17 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentada por los defensores de derechos humanos de las personas cubanas detenidas y expulsadas, párr.30.

²⁵⁹ Ecuador. *Ley de Migración*, art. 30.- “(...) Ejecutoriada la resolución será ejecutada por los agentes de policía en la forma, condiciones y plazo establecidos”.

²⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 43.

de tal decisión. El mismo día, aproximadamente a las 11 de la mañana fue deportado el grupo restante, en un operativo de similares características a los anteriores.

En suma, de las 160 personas cubanas detenidas 121 fueron deportadas. Entre ellas, una persona con visa vigente en Ecuador, una persona que portaba certificado del ACNUR de ser persona de interés, personas que en las audiencias de deportación solicitaron refugio, otras con sentencias que negaban la deportación, personas con familiares en Ecuador, entre otras con motivos para no ser sujetas a este tipo de procedimientos. En la sentencia que resuelve esta acción, el Tribunal señaló que:

Los señores accionantes no se encontraron privados de su libertad, de modo ilegal, arbitrario e ilegítimo, así como tampoco que haya existido prolongación de restricción de libertad alguna hasta el día del desarrollo de la audiencia, salvo el caso como se dijo del ciudadano cubano Fermín Rodríguez Vega; tanto más que ha sido determinado que los ciudadanos cubanos se encontraban en el País de forma irregular, lo que motivo que fueran puestos a órdenes de la Autoridad competente que en la especie es la Policía de Migración y los Jueces de Contravenciones quienes previo el procedimiento respectivo han emitido las resoluciones judiciales de deportación y en aquellos en que dicha deportación fuera negada, elevada a consulta y revocada por Viceministro del Interior, previa delegación formal, del Ministro del Interior (actual denominación del anterior Ministro de Gobierno y Policía), respetando el debido proceso, de forma individual de cada accionante por lo que su inicial restricción a la libertad responde a dicho trámite de deportación regulado en el Art. 19 y siguientes de la Ley de Migración en vigencia, de donde entonces se vuelve legal.²⁶¹

Llama la atención varios aspectos de esta sentencia. En primer lugar, no profundiza en el análisis sobre la legalidad de la detención, desconociendo así la finalidad del hábeas corpus. Según el Tribunal, este análisis debió ser realizado por los jueces de contravenciones, aspecto que no ocurrió. Además, la mayoría de personas detenidas fueron llevadas ante los jueces veinte y cuatro horas después de la detención. Esta decisión hace que esta garantía jurisdiccional se desnaturalice en el presente caso.

En segundo lugar, es importante considerar que en la legislación ecuatoriana el hábeas corpus se ha incluido como parte del objeto esta garantía jurisdiccional: “A que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad”.²⁶² El Tribunal no hizo ningún análisis al respecto, a pesar de ser un grupo de personas de otra nacionalidad en riesgo de ser deportadas a su país de origen.

²⁶¹ Tribunal de Garantías Penales de Quito, “Sentencia de hábeas corpus No. 17250201600100”, 12 de julio de 2016.

²⁶² Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Suplemento del Registro Oficial No. 52, 22 de octubre de 2009, art. 43.

El Tribunal tampoco prestó atención a las 80 sentencias que negaban la deportación y disponían la libertad, la cuales, fueron revocadas por el Ministro del Interior. Como se puede observar en la parte resolutoria aun cuando autoridades judiciales determinaron que no procedía la deportación y ordenaban la libertad, para el Tribunal que conoció el hábeas corpus no existió vulneración de derechos y, por el contrario, afirmó que se cumplió con el debido proceso. A diferencia del caso de Manuela Picq, en esta ocasión y por primera vez, el Ministerio del Interior aplicó el art. 28 de la Ley de Migración. Una decisión de un ministro revisaría una decisión autoridad judicial.

Como se ha señalado, luego de esta decisión las personas restantes fueron deportadas. No obstante, se interpuso el recurso de apelación, el cual suscito un extraño conflicto de competencia negativo que fue dirimido por la Corte Nacional de Justicia, disponiendo que sea el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia la que conozca este recurso. La sentencia de segunda instancia que negó la apelación y confirmó la sentencia subida en grado fue emitida el 16 de febrero de 2017, es decir, siete meses después de la deportación del último grupo. La garantía jurisdiccional no fue una garantía eficaz frente a la detención y a la deportación.

En este caso se observa una actuación arbitraria y desproporcionada por parte de las autoridades encargadas del control migratorio que no solo afectaron derechos relativos a la movilidad humana y el debido proceso, sino también afectaciones a la integridad física y mental de todas las personas y principalmente de los niños, niñas y adolescentes.

No son claros los argumentos expresados en la audiencia de hábeas corpus por los representantes de las autoridades del Ministerio del Interior y de la Policía Nacional. Han hecho referencia a que esta acción estaba encaminada a proteger a los niños, niñas y adolescentes, a prevenir la trata de personas y el tráfico de migrantes e incluso han indicado que fue una medida de salud pública. En la práctica constituyó una medida sustentada en la soberanía que contradijo la prohibición de criminalización de la migración, las garantías del debido proceso, la prohibición de expulsión colectiva de personas extranjeras y el derecho a migrar que se expresó en acciones arbitrarias, frente a las cuales, ni siquiera las garantías jurisdiccionales pudieron hacer frente.

Tanto el caso de Manuela Picq como el de la deportación colectiva de personas cubanas han sido presentados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y se encuentran en espera de trámite. Por su parte, el Comité de Naciones Unidas para la protección de todos

los trabajadores migratorios en su informe de cumplimiento del año 2017 incluyó recomendaciones específicas relativas a investigar, determinar responsabilidades y reparar las vulneraciones de derechos. Hasta el momento no se conoce sobre ninguna medida adoptada por alguna autoridad pública destinada a dar cumplimiento a esta recomendación.

Restricciones migratorias para población venezolana

Otra situación de conocimiento público que giró en torno a los derechos de las personas en movilidad humana tuvo lugar en el contexto del éxodo de población venezolana, cuando el 16 de agosto de 2018, el Ministro del Interior, de ese momento, Mauro Toscanini, anunció públicamente nuevas medidas respecto a la migración venezolana, e indicó que a partir del sábado 18 de agosto de ese año sería obligatorio presentar el pasaporte para ingresar al Ecuador. El Ministro justificó la medida en razón de la seguridad del país y de las personas venezolanas con la finalidad de evitar la trata de personas y otros delitos.

Posteriormente la Secretaría Nacional de Comunicación emitió un comunicado en el que señaló:

El Gobierno Nacional está preocupado por la gravísima situación humanitaria de miles ciudadanos venezolanos que día a día entran a Ecuador, por lo que busca garantizar su seguridad. Además, comprometido con la lucha frontal contra delitos como la trata y tráfico de personas, desde el próximo sábado (18 de agosto de 2018), el Estado ecuatoriano exigirá que los ciudadanos venezolanos que ingresen a Ecuador, presenten obligatoriamente su pasaporte.²⁶³

Es importante tomar en cuenta que la accesibilidad de la población venezolana a los documentos de viaje es limitada, tanto por costo como por disponibilidad según los datos del Ministerio del Interior, razón por la cual, más de la mitad de esta población se moviliza únicamente con documento de identidad.

Por otra parte, a diferencia de los dos casos revisados anteriormente el marco legal había sido modificado con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Movilidad Humana en 2017, la cual, establece que “Los ciudadanos suramericanos pueden ingresar, circular y salir del territorio ecuatoriano presentando solamente su documento de identificación nacional, por puntos de control migratorio oficiales. Los documentos de identificación emitidos por sus respectivos países constituyen documentos de viaje”.²⁶⁴

²⁶³ Secretaría Nacional de Comunicación, “Ecuador garantiza cumplimiento de los Derechos Humanos a Migrantes Venezolanos”, *Boletín Oficial* 445, 16 de agosto de 2018.

²⁶⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 84.

Frente a este anuncio, la Defensoría del Pueblo del Ecuador, la Defensoría Pública, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica y la Misión Scalabriniana solicitaron una medida cautelar autónoma a fin de dejar sin efecto esta medida irrazonable. Esta se interpuso en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y el Ministerio del Interior y fue conocida por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Quito.

En la audiencia convocada, el representante del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana justificó la decisión adoptada en las potestades soberanas del Estado afirmando que “el acceso el ingreso de los ciudadanos venezolanos a nuestro país tiene orden y control que se suman a las otras medidas adoptadas y que están por adoptarse por parte del Estado, dejemos que los Estados con su soberanía, a través de sus posibilidades y sus órganos competentes resuelvan esta problemática.”²⁶⁵

En esta expresión se evidencia la concepción tradicional de soberanía como ámbito sin límites, en el cual, se toman las decisiones de la política migratoria. Sin embargo, a diferencia de los casos anteriores, en esta ocasión, la jueza aceptó la petición de medida cautelar considerando que

Nuestra legislación contempla claramente que los ciudadanos suramericanos para ingresar a territorio nacional, podrán presentar su documento de identidad nacional válido, vigente y reconocido por el Ecuador, datos con los que se debe ingresar al registro informático de migración, por lo que al solicitar un documento que no consta en la normativa legal ecuatoriana, se estaría posiblemente vulnerando algún derecho reconocido en la Constitución de la República del Ecuador.²⁶⁶

La jueza suspendió la aplicación de estos requisitos por 45 días, ordenó que se aplique la Ley Orgánica de Movilidad Humana en relación a los documentos para ingreso de la población venezolana y dispuso al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y al Ministerio del Interior que formulen un plan para dar respuesta a la crisis humanitaria enmarcada en derechos humanos.²⁶⁷ Si bien el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana remitió dentro de este proceso un documento que contenía un plan bajo la denominación exigida por la jueza, en la práctica dicho plan no fue implementado.

²⁶⁵ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Quito, *Resolución de medidas cautelares No. 17203-2018-07971*, 28 de agosto de 2018.

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ *Ibíd.*

Aunque en el razonamiento que contiene la sentencia no se profundizó en este tema en la práctica, la decisión de la jueza supuso la aplicación de los parámetros constitucionales y la limitación a decisiones arbitrarias que se entienden como ejercicio de la soberanía por parte del Estado. La resolución de medidas cautelares también buscó impulsar la adopción de una política migratoria adecuada a los derechos humanos, aunque no fuera implementado en la práctica.

Luego de que esta medida fue levantada, el sábado 20 de enero de 2019, el Presidente de la República, Lenín Moreno Garcés, luego de un caso de femicidio ocurrido en la ciudad de Ibarra que fue de conocimiento público, emitió un comunicado en su cuenta Twitter en el que señaló:

He dispuesto la conformación inmediata de brigadas para controlar la situación legal de los inmigrantes venezolanos en las calles, en los lugares de trabajo y en la frontera. Analizamos la posibilidad de crear un permiso especial de ingreso al país. Les hemos abierto las puertas, pero no sacrificaremos la seguridad de nadie. Es deber de la Policía actuar duramente contra la delincuencia y el crimen y tienen mi respaldo. Aplicaremos todo el peso de la ley a quienes no hicieron nada ante la violencia, la injusticia y el ejercicio criminal del poder.²⁶⁸

Cabe señalar que la tensión en Ibarra, ciudad en la que ocurrió el femicidio había crecido, a tal punto que, hubo grupos de personas que se organizaron para perpetrar ataques xenofóbicos en contra de personas y familias venezolanas. Una ola de hechos violentos se produjo en la noche del domingo 20 de enero de 2019 y la madrugada del día siguiente. Como señaló la Defensoría del Pueblo, el comunicado del Presidente de la República “no contribuyó a solventar el clima de tensión y ataques xenofóbicos que se vivió en dicho momento, sino que por el contrario profundizó la estigmatización en contra de personas de nacionalidad venezolana”.²⁶⁹

Bajo este razonamiento, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y el Ministerio del Interior dispusieron nuevamente la exigencia de pasaporte y añadió la obligatoriedad de presentar la certificación de antecedentes penales apostillados. Frente a esta decisión la Defensoría del Pueblo de Ecuador, conjuntamente con el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica, la Misión Scalabriniana, el Servicio Jesuita a Refugiados, la Pastoral Social Caritas y Diálogo Diverso, presentaron una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional del Ecuador en contra de los acuerdos ministeriales que contenían

²⁶⁸ Lenín Moreno, publicación de Twitter, 20 de enero de 2019, 1:18 pm. <https://bit.ly/2ZQmXvT>

²⁶⁹ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Demanda de inconstitucionalidad en contra de medidas que exigen pasaporte y certificado de antecedentes penales a personas venezolanas, 11 de marzo de 2019.

esta disposición y solicitaron medidas cautelares.²⁷⁰ La demanda alegó que dichos acuerdos ministeriales atentaban en contra del derecho a migrar, la prohibición de criminalización de la migración, la igualdad y no discriminación y la presunción de inocencia.

La Corte Constitucional del Ecuador, en auto del 27 de marzo de 2018, admitió a trámite la demanda y dispuso la suspensión temporal de esta normativa en razón de las situaciones de especial vulnerabilidad de las personas migrantes y sus familiares, los riesgos y peligro al que estarían expuestos este grupo de personas, por su cruce por rutas clandestinas o al ser víctimas de tráfico de migrantes; y los rechazos en frontera, deportaciones colectivas de facto y dificultades para ingresar de forma regular a territorio ecuatoriano, sin un análisis adecuado e individualizado de las necesidades específicas de protección.²⁷¹

Esta disposición fue acatada por las autoridades y se suspendió la exigencia de esos requisitos. No obstante, el Ejecutivo emitió nueva normativa en la cual se impuso visado para el ingreso de personas venezolanas.²⁷² Para la obtención de este visado, denominado *visa humanitaria*, las personas deben presentar su certificado de antecedentes penales apostillados, deben contar con pasaporte y pagar el valor de cincuenta dólares. Esta medida se encuentra vigente desde el 26 de agosto de 2019.

Las medidas que se adoptan en el marco del flujo migratorio de población venezolana dan cuenta de un manejo errático de la política migratoria, que no ha logrado dar respuesta a las dimensiones y desafíos que esta crisis requiere, pues apuntan exclusivamente a determinar la regularidad o irregularidad migratoria bajo la consigna de que con mayores requisitos menor será el flujo migratorio. Esta perspectiva no considera que, las causas que origina el éxodo de población venezolana, es decir las graves afectaciones a los derechos humanos en su país de origen, no han cesado y por tanto, las restricciones migratorias tienen como efecto el incremento de la irregularidad migratoria y la profundización de la vulnerabilidad de estas personas.

En este caso se puede observar la obstinación del Estado por reproducir las prácticas fundadas en la concepción de la soberanía ilimitada respecto de las políticas migratorias. Sin

²⁷⁰ Acuerdo Ministerial No. 000242 de 16 de agosto de 2018 emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Acuerdo Ministerial No. 000244 del 22 de agosto de 2018 emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana; Acuerdo Interministerial No. 0000001 del 21 de enero de 2019 y del Acuerdo Ministerial 0000002 de 1 de febrero de 2019 emitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y el Ministerio del Interior.

²⁷¹ Corte Constitucional del Ecuador, *auto de admisión causa No. 0014-19-IN*, 27 de marzo de 2019.

²⁷² El Presidente de la República emitió el Decreto 826 de 25 de julio de 2019, en el cual se adopta la medida del visado (*visa humanitaria*) y posteriormente el Ministerio de Relaciones Exteriores, emitió el Acuerdo Ministerial 103 que detalla los requisitos necesarios para obtener esta visa.

embargo, la resolución de la medida cautelar y el auto emitido por la Corte Constitucional que admitió a trámite la demanda y aceptó la suspensión temporal de los requisitos, dan cuenta que la vía jurisdiccional puede constituirse en una verdadera garantía en la aplicación de los principios y derechos constitucionales sobre movilidad humana y, por tanto, en un freno a la arbitrariedad estatal.

Se debe considerar también que las decisiones judiciales sobre la población venezolana tuvieron lugar bajo un marco legal diferente al de los casos de Manuela Picq y la deportación de personas cubanas, pues la vigencia de la LOMH determinó avances en la protección de derechos de las personas en movilidad humana y limitaciones más claras en el ejercicio de las potestades estatales. Esto no obsta de las falencias y normas inconstitucionales que dicha ley contiene y sobre las cuales aún debe pronunciarse la Corte Constitucional.

En conclusión, en los casos revisados se constata que las autoridades migratorias adoptan medidas fundadas en una noción de soberanía que no se corresponde con la prevista en la Constitución, asumiendo que el Estado puede decidir respecto del ingreso o permanencia de las personas inmigrantes sin observar límite alguno. En consecuencia, estas decisiones estatales devinieron en actos arbitrarios y, por tanto, violentaron los derechos de las personas en movilidad humana, lesionaron su dignidad y provocaron situaciones de sufrimiento.

De este modo, las obligaciones estatales previstas en la Constitución y en los instrumentos internacionales para garantizar el derecho a migrar no fueron cumplidas por las autoridades migratorias, en particular aquellas destinadas a garantizar los derechos como país receptor y de tránsito de la movilidad humana. Este conjunto de decisiones que comprenden sanciones y restricciones a la movilidad, las cuales se aplicaron además por medios violentos develan una política migratoria contraria a la prohibición constitucional de criminalización de la movilidad humana.

Las decisiones que vulneraron los derechos en estos casos han sido emitidas por las autoridades que tienen a su cargo la rectoría de la política migratoria, como es el caso de Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, y en la autoridad que ejerce el control migratorio, es decir, el Ministerio del Interior (actualmente Ministerio de Gobierno) a través de los agentes de control migratorio y de la Policía Nacional. Estos casos develan, que en dichas instituciones se encuentra instalada una noción errónea de soberanía, como la potestad de decidir arbitrariamente en el ámbito de movilidad humana, la cual, se sostiene independientemente de los cambios de autoridades de gobierno.

En los casos analizados, las garantías jurisdiccionales que fueron presentadas no lograron detener las decisiones impugnadas y, por tanto, no fueron efectivas para proteger integralmente los derechos de las personas en movilidad humana. Lo dicho debe matizarse en cuanto a la medida cautelar que impidió temporalmente la exigencia de los requisitos a población venezolana. No obstante, si bien la decisión judicial fue pertinente e incluso se entregó al juez el plan exigido, al final, las autoridades migratorias adoptaron nuevos instrumentos normativos mediante los cuales, impusieron nuevamente los requisitos.

Aunque no sea un tema específico de este trabajo académico, es importante mencionar que, a partir de los casos analizados, se constata que la debilidad de la independencia judicial es uno de los factores sustanciales que impiden que las garantías jurisdiccionales cumplan con su propósito constitucional de protección de los derechos. Esto se puede observar principalmente en la acción de protección de Manuela Picq y en el hábeas corpus frente a la deportación colectiva de personas cubanas. Al final, la independencia judicial es la garantía básica necesaria para que las garantías jurisdiccionales sean efectivas.

También, se observa un escaso conocimiento por parte de los decisores jurisdiccionales de los derechos y principios constitucionales sobre movilidad humana, lo cual afecta sustancialmente las decisiones judiciales. Esto es preocupante, pues el desconocimiento sobre el marco normativo que reconoce los derechos de las personas en movilidad humana en un contexto en el que se ha intensificado este hecho social, puede configurar un escenario de desprotección ante nuevas vulneraciones de derechos.

Sumado a lo dicho, en las decisiones judiciales que no concedieron la acción subyace la idea errónea de soberanía a la que se hizo referencia en líneas anteriores. No declarar las vulneraciones graves de derechos que ocurrieron en estos casos y asumir que la autoridad migratoria podía proceder de la manera que lo hizo, termina legitimando la toma de decisiones arbitrarias como ejercicio de la soberanía estatal. De este modo, se puede afirmar que esta concepción errónea de soberanía es compartida también por las autoridades judiciales, quienes justamente son los llamados a limitar las arbitrariedades y los excesos del poder a través de la sustanciación adecuada de las garantías jurisdiccionales.

Conclusiones

La soberanía entendida como capacidad de decisión absoluta de los Estados, es decir, sin afectación de otras voluntades externas, aunque fuertemente cuestionada, no ha dejado de ser un principio que se mantiene vigente en el ámbito jurídico y político para justificar actuaciones en el tema de las migraciones internacionales. Sin embargo, los procesos históricos han determinado limitaciones y regulaciones que impiden mantener la concepción originaria de soberanía como *summa potestas*, es decir, como una voluntad sin control, tanto en el sentido interno como internacional.

En el contexto actual, la globalización, la generación de normativa internacional, la creación de órganos supraestatales, los procesos de integración y de manera primordial, el desarrollo de los derechos humanos son factores que han controvertido sustancialmente a la soberanía y replanteado su sentido e incluso su supervivencia hasta la actualidad. Este concepto ya no es admisible tal como fuera formulado en los orígenes del Estado nación, no existe un poder decisión ilimitado pues la arbitrariedad no tiene cabida bajo un Estado constitucional de derechos.

En la práctica, la soberanía no puede oponerse a los derechos humanos como elementos indispensables para la protección de la dignidad, caso contrario resulta reprochable y deviene en responsabilidad para el Estado como para los funcionarios, que bajo el supuesto vacío de la soberanía vulneren los derechos. De tal manera que, si la soberanía estatal se opone a la dignidad de las personas, se extravían los fines del Estado como comunidad jurídica y políticamente organizada y por tanto, resulta inconsistente con el sentido democrático que persigue.

Así como tampoco se puede negar que el ejercicio de la soberanía estatal externa encuentra fuertes condicionamientos en las políticas de otros Estados, en organismos internacionales y el contexto económico, social y político global.

En suma, si bien bajo el concepto de soberanía permanece la capacidad de los Estados para decidir y normar y, asimismo hacer cumplir sus normas. El sentido de este concepto es sustancialmente diferente al originario, ahora limitado, controvertido y en un proceso evidente de disputa, al cual incluso se le ha dotado de sentidos contrahegemónicos.

En efecto, la Constitución ecuatoriana recoge el principio de soberanía enmarcada bajo el modelo de Estado constitucional de derechos, es decir, sometida a las normas y, por tanto, orientada al fin del Estado que es garantizar los derechos de las personas, pueblos, comunidad y de la naturaleza.

La magnitud que ha alcanzado la movilidad humana provocada por la violencia y la desigualdad globalizadas interpela de manera permanente a las fronteras de los Estados, que son una de las expresiones sustanciales de la soberanía. La movilidad humana pone en evidencia la paradoja de la flexibilización de las fronteras para el movimiento de bienes y capitales y su endurecimiento frente al movimiento de las personas y de las comunidades, más aún cuando dicha movilidad es provocada por la propia vulneración de derechos humanos.

Las teorías de los derechos humanos y del cosmopolitismo apuntan a deconstruir las nociones tradicionales de soberanía, ciudadanía y frontera. Estas cuestionan el trato desigual que realizan los Estados en virtud de la nacionalidad que es asumida como sinónimo de ciudadanía y que deviene en restricciones de derechos. Las políticas migratorias reproducen tales diferencias que contradicen el principio de igualdad y no discriminación que es uno de los fundamentos de los derechos humanos.

La trayectoria y complejidad de los procesos migratorios en el Ecuador hicieron posible que la Constitución de 2008 reconociera un entramado de principios, derechos, instituciones y mecanismos, específicos sobre movilidad humana, entre los que se destacan el derecho a migrar y las ciudadanía no nacionales: universal y latinoamericana, directamente relacionadas a la migración internacional. Este contenido constitucional apunta a reconocer a las personas en movilidad humana como sujetos de derechos y no como objetos de control, por tanto, obliga a incorporar el enfoque de derechos por sobre el enfoque de seguridad nacional que es la perspectiva recurrente en el ámbito de la movilidad humana.

El derecho a migrar comporta un entramado de obligaciones estatales positivas y negativas dirigidas a asegurar que la movilidad de las personas y comunidades tenga lugar en condiciones dignas, sea en origen, tránsito, destino o retorno. De tal manera que, bajo este marco constitucional, las normas y las políticas migratorias deben orientarse a garantizar el derecho a migrar sin discriminación. Este derecho parte del reconocimiento de las condiciones de desigualdad en el que tiene lugar la movilidad humana y trasciende la dimensión individual y liberal de la libertad de circulación. Además, asume que los titulares de este derecho se componen de personas y comunidades diversas.

Por su parte, la ciudadanía universal, más allá de la contradicción de los términos que la componen, es un principio constitucional de logro progresivo que busca la maximización del principio de igualdad y no discriminación y la superación definitiva del trato diferenciado por motivo de la nacionalidad y la condición migratoria. Adicionalmente, determina parámetros de actuación en el ámbito interno e internacional, orientados a la consolidación de este principio, los cuales, involucran también a los procesos de integración regional.

En el Ecuador, la aplicación de estos preceptos constitucionales debió suponer un cambio sustancial en las políticas migratorias. Sin embargo, se ha visto como, aún con este marco constitucional, la normativa migratoria demoró nueve años en adecuarse. Por este motivo, la LOMH, vigente desde 2017, ha sido demandada la inconstitucionalidad de fondo de algunas de sus normas, aunque contiene también algunos parámetros de mayor protección de derechos que la legislación que la antecedía y, por tanto, también limita el ejercicio de la soberanía.

En este mismo sentido, las autoridades migratorias privilegiaron la aplicación de normas de inferior rango que no eran coherentes con los principios y derechos constitucionales a fin de adoptar decisiones justificadas en la soberanía estatal que concluyeron en vulneraciones a los derechos humanos de las personas en movilidad. Tales prácticas han sido visibles en el caso de Manuela Picq y la deportación colectiva de 121 personas cubanas, frente a las cuales las garantías jurisdiccionales fueron ineficaces. Además, en estos casos se constatan también otros factores estructurales que afectaron estas decisiones como la débil independencia de la administración de justicia, el desconocimiento del marco normativo de protección de derechos las personas en movilidad humana y en general, de los principios de derechos humanos.

Sin embargo, los fallos judiciales frente a las medidas restrictivas que han sido objeto la población venezolana dan cuenta que la adecuada aplicación de dichos parámetros constitucionales puede ser posible y, en el marco de su acción, lograr la protección de derechos y la implementación de políticas y normativas migratorias orientadas a garantizar el derecho a migrar en condiciones dignas.

En suma, la materialización del derecho a migrar, bajo la comprensión que se ha propuesto en este trabajo, al igual que el logro progresivo de la ciudadanía universal, sin duda constituyen un desafío que debe reflejarse no solo en la formalidad de la emisión de normativa y políticas, sino en la protección real de la dignidad de las personas en movilidad humana. La

idea de soberanía estatal solo puede tener sentido en ese contexto, es decir, cuando es un medio para hacer efectivos los derechos y no para restringirlos o coartarlos.

Finalmente, al cierre de este trabajo, se ha visto cómo el impacto generalizado de la pandemia de Covid-19 ha abarcado todos los ámbitos de las actividades humanas, en los que evidentemente se encuentra la movilidad. Las decisiones de cierres de fronteras que incluyen el ingreso de personas nacionales, las restricciones a la movilidad interna y la agudización de los factores de exclusión sobre las personas migrantes, son elementos sobre los que urge investigar y generar reflexión para aportar desde un enfoque derechos en la disputa por el sentido de la llamada *nueva normalidad*.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.
- Acosta, Alberto, Susana López O, y David Villamar. “Las remesas y su aporte para la economía ecuatoriana”. En *La migración ecuatoriana transnacionalismo, redes e identidades*, editado por Gioconda Herrera, María Cristina Carrillo, y Alicia Torres. Quito: FLACSO- PMCD, 2006.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Álvarez Velasco, Soledad. “Trespassing the Visible. The Production of Ecuador as a Global Space of Transit for Irregularized Migrants Moving Towards the Mexico-U.S. Corridor”. Tesis Doctoral, Kings College, 2019.
- Añón, María José. “La contribución de los derechos sociales al vínculo social”. En *El Vínculo Social: Ciudadanía y Cosmopolitismo*, 277-307. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Arcentales, Javier. “Constitución, Movilidad Humana y Diversidades”. En *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos. Construcciones desde las diversidades*, editado por Claudia Storini. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2017.
- . *Las políticas de deportación en el Ecuador: análisis desde el enfoque de derechos humanos*. Monografía para especialización, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Huaponi Editores y UASB, 2016.
- Barberán, Pablo Marshall. “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”. *Revista de Derechos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 35 (2010): 245-86.
- Benavides, Gina, y Gardenia Chávez. *Población colombiana en el Ecuador. Aportes para su comprensión*. Quito: UASB Ecuador-Abya Yala, 2009.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General de la Política*. Madrid: Trotta, 2003.
- Bodino, Juan. *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos, 1985.

- Borja, Rodrigo. “Enciclopedia de la Política”. En *Enciclopedia de la Política*, s. f. <https://www.encyclopediadelapolitica.org/soberania/>.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1997.
- Castles, Stephen. “Comprendiendo la migración global: Una perspectiva desde la transformación social”. *Revista Relaciones Internacionales*, Movimientos migratorios en el mundo: lecturas alternativas y complementarias a los enfoques de seguridad y desarrollo, n.º 14 (2010): 141-69.
- Castles, Stephen, y Mark Miller. *La era de la migración. Movimientos internacionales de la población en el mundo modernos*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de Zacatecas y Cámara de Diputados, 2004.
- Chávez Núñez, Gardenia. “Derechos humanos y políticas migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005”. Tesis Maestría en Estudios Latinoamericanos. Mención en Políticas Culturales, Universidad Andina Simón Bolívar, 2006. <http://hdl.handle.net/10644/500>.
- Chávez Núñez, Gardenia, y Javier Arcentales. “Movilidad humana, irregularidad y “tráfico ilícito de migrantes””. En *Revista Ecuador Debate*, 67-83. 97. Quito: Centro Andino de Acción Popular, 2016.
- Coalición por las Migraciones y el Refugio. *Análisis del Proyecto de Ley de Movilidad Humana*. (Quito, 2015) <https://movilidadhumana.files.wordpress.com/2015/11/analisis-proyecto-de-ley-de-movilidad-humana-cmr.pdf>
- . *Contenidos Básicos sobre Movilidad Humana. Aportes para una normativa en Ecuador*. Quito, 2009 <http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/Informes%20alternativos/contenidosbasicosmovilidad.pdf>.
- . *Informe sombra al I Informe del Estado Ecuatoriano sobre el cumplimiento de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*. Quito: Coalición por las Migraciones y el Refugio (CMR), 2007.
- Colectivo Atopia. “Bitácora de una expulsión”. 2016. <https://colectivoatopia.files.wordpress.com/2017/03/bitacoradeunaexpulsion.pdf>.

- Correa, Ahmed. *Del Caribe a la Mitad del Mundo. Inserción laboral y producción de espacios. Migración cubana en Ecuador*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2013.
- Cortina, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2017.
- Dávalos, Daniela. ““¿Existe la ciudadanía universal?” En *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, 73-108. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- De Lucas, Javier. “El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo”. En *El Vínculo Social: Ciudadanía y Cosmopolitismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- . “Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes”. En *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, editado por María José Añón, 27-36. Valencia: Universidad de Valencia, 2004.
- De Sousa Santos, Boaventura. *La globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – ILSA, 1998.
- Estévez, Ariadna. *Migración, Globalización y Derechos Humanos. Construyendo la ciudadanía universal*. Ciudad de México: UNAM- CISAN, 2008.
- Fariñas, María José. “Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada”. En *El Vínculo Social: Ciudadanía y Cosmopolitismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2010.
- . “Más allá de la soberanía y la ciudadanía”. *Revista Isonomía* 9 (octubre de 1998): 173-84.
- García, Mariana. *Pensando las migraciones desde el Sur: reflexiones, detalles y estrategia sobre la experiencia migratoria reciente en la región de América del Sur*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2011.
- Gómez Restrepo, Manuel J. “Sistema y coyuntura: el concepto de soberanía en Kelsen y Schmitt”. *Estudios de derecho* 72, n.º 159 (2015): 15-40. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n159a02>.
- Grupo de Trabajo sobre Ciudadanía Suramericana (GTCS). *Informe conceptual sobre ciudadanía suramericana*, aprobado mediante Resolución N° 14/2014, del Consejo de

- Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores de la de la Unión de Naciones Suramericanas. 4 de diciembre de 2014.
- Hardt, Michael, y Antonio Negri. *Imperio*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- Hegel, George W. *Líneas Fundamentales de la filosofía del Derecho*. Madrid: Gredos, 2010.
- Herrera, Joaquín Flores. *La reinención de los Derechos Humanos*. Andalucía: Atrapasueños, 2007.
- Herrera, Gioconda. “Ecuatorianos/as en Europa: de la vertiginosa salida a la construcción de espacios transnacionales”. En *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*, editado por Isabel Yépez del Castillo y Gioconda Herrera. Quito: FLACSO, 2007.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Madrid: Ed. Nacional, 1980.
- Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. México CDM: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Joskisch, Brad, y David Kyle. “Las transformaciones de la migración internacional del Ecuador, 1993-2003”. En *Nuevas migraciones latinoamericanas a Europa. Balances y desafíos*, editado por Isabel Yépez del Castillo y Gioconda Herrera. Quito: FLACSO, 2007.
- Kant, Immanuel. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. México DF: UNAM, 1968.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*. Granada: Ed. Comares, 2002.
- Krasner, Stephen D. *Soberanía. hipocresía organizada*. Barcelona: Paidós, 2001.
- Mármora, Lelio. *Las políticas de migraciones internacionales*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- Marx, Carlos. *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel*. México: Grijalbo, 1968.
- Montaño, César. “Problemas constitucionales de las integraciones supranacionales: análisis del caso andino”. Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012. <http://hdl.handle.net/10644/3063>.
- Moreno, Lenín. Publicación de Twitter. 20 de enero de 2019, 1:18 p.m. <https://bit.ly/2ZQmXvT>
- Nussbaum, Martha. “Patriotismo y cosmopolitismo”. En *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, 21-40. Barcelona: Paidós, 1996.
- Ozollo, Javier. *Marx y el Estado*. Buenos Aires: Libronauta, 2005.
- Pedone, Claudia. “Tú siempre jalas a los tuyos. Cadenas y redes migratorias de las familias ecuatorianas hacia España”. En *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*, editado por Gioconda Herrera, María Cristina Carrillo, y Alicia Torres,. Quito: FLACSO- PMCD, 2006.

- Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. La interpretación de los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005.
- Ramírez, Jacques. *Con o sin pasaporte. Análisis socio-antropológico de la migración ecuatoriana*. Quito: IAEN, 2014.
- . *La política migratoria en el Ecuador*. Quito: IAEN, 2014.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. 9 de septiembre de 2019. <http://dle.rae.es>.
- Rousseau, Jean Jacques. *El Contrato Social*. Madrid: Aguilar, 1970.
- Secretaría Nacional de Comunicación. “Ecuador garantiza cumplimiento de los Derechos Humanos a Migrantes Venezolanos”. *Boletín Oficial* 445, 16 de agosto de 2018.
- Sieyès, Emmanuel Joseph. *Escritos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Touchard, Jean. *Historia de las Ideas Políticas*. Madrid: Ed. Tecnos, 2006.
- Trujillo, Julio César. *Teoría General del Estado*. Quito: UASB – CEN, 1994.
- Vitale, Ermanno. *Ius Migrandi*. España: Editorial Melusina, 2004.
- Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Sevilla: MAD, 2006.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1997.
- Zamudio, Patricia. “Prólogo”. En *Con o sin pasaporte. Análisis socio-antropológico de la migración ecuatoriana*. Quito: IAEN, 2014.

1. Normativa nacional, internacional e instrumentos internacionales

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Principios y Directrices sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales*. Ginebra: ACNUD, 2018.
- Argentina. *Ley de Migraciones* No. 25.871. 20 de enero de 2004.
- Brasil. *Ley de Migración* No. 13445. 24 de mayo de 2017.
- Bolivia. *Ley de Migración* No. 370. 8 de mayo de 2013.
- CIDH. *Resolución 2-18 sobre Migración Forzada de Personas Venezolanas*. Bogotá 2 de marzo de 2018.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Principios rectores de los desplazamientos internos*. 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Estándares Interamericanos sobre Movilidad Humana*. Washington. 31 de diciembre de 2015.

Comité de Naciones Unidas para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. *Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares al Ecuador*. 13.º período de sesiones, 13 de diciembre de 2010.

———. *Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares al Ecuador*. 371.º sesión, 14 de septiembre de 2017.

Comité de Naciones Unidas para la protección de los Derechos del Niño y Comité de Naciones Unidas para la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*. Ginebra, 16 de noviembre de 2017.

Comunidad Andina. *Decisión 504*. 22 de junio de 2001.

———. *Decisión 397*. 16 de septiembre de 1996.

———. *Decisión 503*. 22 de junio de 2001.

———. *Decisión 583*. 7 de mayo de 2004.

Consejo de Jefas y Jefes de Estado de UNASUR. *Resolución No. UNASUR/CJEG/DECISIÓN/Nº 8 /2012*

Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

———. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

———. *Ley de Extranjería. Codificación No. 2004-023*. Registro Oficial 465, 19 de noviembre de 2004.

———. *Ley de Migración. Codificación No.6*. Registro Oficial 563, 12 de abril de 2005.

———. *Ley de Naturalización*. Decreto Supremo 276. Registro Oficial 66, 14 de abril de 1976.

———. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Suplemento del Registro Oficial No. 52, 22 de octubre de 2009.

———. *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Suplemento Registro Oficial No. 938, 5 de enero de 2017.

———. *Registro Oficial Suplemento 175*, 20 de abril del 2010.

Francia Asamblea Nacional Constituyente. *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*. Francia, 1789.

OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 2019.

OIT. *Convenio 169 de la OIT*, 2014.

ONU. Asamblea General. *Convención sobre los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*. 2000.

———. Asamblea General. *Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados*. 1951

———. Asamblea General. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. 1984

———. Asamblea General. Asamblea General. *Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 13 de septiembre de 2007.

———. Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III). Adoptada: 10 de diciembre de 1948.

———. Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución A/RES/21/2200. Adoptado: 16 de diciembre 1966. En vigor: 23 de marzo de 1976. Ratificado por Ecuador: 06 de marzo 1969. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Perú. *Decreto Legislativo de Migraciones*. 7 de enero de 2017.

UE. “Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea de 1957”.

Uruguay. *Ley de Migración No. 18.250*. 17 de enero de 2008.

2. Jurisprudencia nacional y sistema interamericano

Corte IDH. *Opinión Consultiva No. 18 sobre la Condición Jurídica de los Migrantes Indocumentados*. San José, 17 de septiembre de 2003.

———. *Opinión Consultiva 24-14 sobre Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la Migración y/o en necesidad de Protección Internacional*. San José, 19 de agosto de 2014.

———. Resolución No. 18/83”, Caso 2.711, Juan Raúl Ferreira (Uruguay). 30 de junio de 1983

———. Sentencia de fondo Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. 28 de agosto de 2014.

- . Sentencia de fondo Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. 25 de noviembre de 2013.
- . Sentencia de fondo Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. 25 de noviembre de 2013.
- . Sentencia de fondo Caso Roche Azaña y otros vs. Nicaragua. 03 de junio de 2020.
- Ecuador Corte Constitucional. *Auto de admisión causa No. 0014-19-IN*. 27 de marzo de 2019.
- . “Dictamen No. 042-10-DTI-CC. Dictamen sobre el Estatuto migratorio entre la República del Ecuador y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela” En *Caso No. 0036-10-TI*. Caracas, 06 de julio del 2010, 25 de noviembre de 2010.
- . “Dictamen No. 0011-09-DTI-CC. Dictamen de constitucionalidad sobre el Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano”. En *Caso No. 0005-09-TI*. 08 de octubre de 2009.
- . “Dictamen No. 013-11-DTI-CC. Dictamen de constitucionalidad del Acuerdo entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la Federación de Rusia sobre las condiciones de supresión de las formalidades de visado en viajes mutuos de los ciudadanos de la República del Ecuador y de los ciudadanos de la Federación Rusa” En *Caso No. 0023-11-TI*. 25 de abril de 2013.
- . “Sentencia No. 159-11-JH. Revisión de la sentencia de hábeas corpus sobre detención de migrante de nacionalidad cubana”. 26 de noviembre de 2019.
- . “Sentencia 004-17-SCN-CC, sobre los casos acumulados No: 0186-13-CN, 0061-14-CN, 0001-15-CN”
- . “Sentencia No. 002-14-SIN-CC. Demanda de inconstitucionalidad del Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967. En *Caso No. 0056-12-IN y 0003-12-IA acumulados*. 14 de agosto de 2014.
- Ecuador Defensoría del Pueblo. *Demanda de inconstitucionalidad en contra de medidas que exigen pasaporte y certificado de antecedentes penales a personas venezolanas*. 11 de marzo de 2019.
- Ecuador Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Oficio No. 23. UCM-CZ9-MREMH*. 14 de agosto de 2015.

Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha. “Sentencia de segunda instancia 1 de octubre de 2015”. Causa No. 17203-2015-12020.

Tribunal de Garantías Penales de Quito. Sede en la Parroquia de Iñaquito. “Auto general del hábeas corpus No. 17250-2016.00100”. 08 de julio de 2016.

Tribunal de Garantías Penales de Quito. “Sentencia de hábeas corpus No. 17250201600100”. 12 de julio de 2016.

Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Mariscal Sucre de Quito. “Sentencia 24 de agosto de 2015”. *Causa No. 17203-2015-12020*.

Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Quito. *Resolución de medidas cautelares No. 17203-2018-07971*. 28 de agosto de 2018.

Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito. “Auto de calificación y señalamiento de audiencia 18 de agosto de 2015”. *Causa No. 17203-2015-12020*. 18 de agosto de 2015.

Unidad Judicial Primera de Contravenciones del Cantón Quito. “Sentencia de 17 de agosto de 2015”. *Causa No. 17151-2015-00685*.